

Ambrus István

A folytatólagos bűncselekményről

1. A folytatólagos bűncselekmény rendszerbeli helye, fogalma

A folytatólagos bűncselekmény (*delictum continuatum*) mint a törvényi egység egyik válfaja, a Büntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. törvény (a továbbiakban: Btk.) terméke. Ezt megelőzően e halmazati minősítést kizáró jelentőségű bűncselekmény-egységi kategória törvényi deklarációra nem került: egyes szerzők műveiben bírói egység¹, másoknál jogi egység² volt az elnevezése, utalva ezzel arra, hogy a bíróságok joggyakorlatában e jogintézmény a kifejezett törvényi szabályozás hiánya ellenére, a XIX. század óta – mondhatjuk szokásjogi alapon – folyamatosan jelen volt.

A fogalom mibenlétére és konkrét ismérveire vonatkozó hosszadalmas jogirodalmi vita kezdetben a szubjektív ismérveket (így az egységes elhatározást, szándékot) hangsúlyozó szubjektivisták³, az objektív feltételeknek (a sértett tárgy azonossága, az eredmény egységessége, stb.) jelentőséget tulajdonító objektivisták⁴, illetve a folytatólagos bűncselekmény konstrukcióját pszichológiai képtelenségnek tartó, így azt elutasító szerzők⁵ között folyt.

¹ Schultheisz (1948): 130. p.

² Irk (1928): 223. p.

³ Így Mittermaier, Kleinschrod; álláspontjukat ismerteti Balogh (1885): 19. p.

⁴ Pl. Feuerbach, Merkel; álláspontjukat ismerteti Balogh (1885): 18. p.

⁵ Különösen Buri; hazai követője Degré. Álláspontjukat ismerteti Finkey 1914, 250-251.

Hazánkban a törvényhozó a folytatólagos bűncselekmény pontos törvényi definíciójának megalkotásakor végül a XX. század elejétől a bírói gyakorlatban és a jogirodalomban egyaránt uralkodónak tekinthető *közvetítő irányzat*⁶ álláspontját fogadta el: e felfogás mind a szubjektív, mind az objektív feltételeknek jelentőséget tulajdonított abból a szempontból, hogy a folytatólagos bűncselekmény megállapítható-e.

Ami a folytatólagos bűncselekmény rendszerbeli helyét illeti, az mindenekelőtt az *egység* kategóriája, ezen belül – a hatályos büntetőkódex értelmében – a *törvényi egységé*. A folytatólagos bűncselekmény tehát *egy bűncselekmény*, több szempontból azonban a természetes egység és a halmazat között helyezkedik el. Fogalma:

Btk. 12. § (2) Nem bűnhalmazat, hanem folytatólagosan elkövetett bűncselekmény az, ha az elkövető ugyanolyan bűncselekményt, egységes elhatározással, azonos sértett sérelmére, rövid időközökben többször követ el.

Dolgozatom a folytatólagos bűncselekmény dogmatikai elemzését tartalmazza, ezen túl kísérletet tettem a jogértelmezés körében felmerült problematikus kérdések megoldására. Egyes, a jogintézményhez kapcsolódó kérdésre (így az elkövetőkre, az elévülésre, a magánindítványra, a törvényváltozásra, stb.) nem tértem ki.

⁶ Kiemelkedő képviselői hazánkban: Angyal, Vámbéry, Finkey.

2. A folytatólagos bűncselekmény fogalmi ismérveiről⁷

Mint fentebb említettem, a folytatólagos bűncselekmény fogalmi ismérveit hatályos Büntető Törvénykönyvünk tartalmazza. A fogalom egyes elemei között fennálló kapcsolat később kerül részletes kifejtésre, általánosságban annyi emelhető ki, hogy azt mindenekelőtt a *konjunktivitás* jellemzi: folytatólagos bűncselekmény csak abban az esetben valósul meg, ha annak valamennyi feltétele együttesen fennáll – ennek hiányában általában valóságos anyagi halmazat megállapítására kerülhet sor.

2.1. Ugyanolyan bűncselekmény

Az ugyanolyan bűncselekmény (többszöri) elkövetésének megkövetelése a folytatólagos bűncselekmény megállapíthatóságának objektív feltétele (lásd még 2.5.).

2.1.1. Amíg a büntetőjog-tudományban nem került tisztázásra a tényállás és a jogi tárgy viszonya, értelemszerűen felvetődött a folytatólagos bűncselekmény tanával kapcsolatban az a kérdés, hogy az elkövető cselekményének ugyanazt a bűncselekményi tényállást kell ismételtén realizálnia a folytatólagos bűncselekmény megállapíthatóságához, vagy ehhez elegendő, ha egyes

⁷ Az áttekintés alapjául szolgált Nagy 2008, 234-236.

cselekményei ugyanazon jogi tárgy ellen irányulnak. Zöldy a „jogtárgy azonosságát”⁸ tette az egységesítő ismérvvé, Angyal a „jogtárgy egységét”⁹, míg Balogh a „sértett jogszabály azonosságát”¹⁰ követelte meg. Velük szemben Edvi „az illető deliktum tényálladékát mindannyiszor kimerítő cselekmények” esetében látta a folytatólagos egységet megállapíthatónak.¹¹

A jelenlegi felfogás szerint az egyes cselekmények által sértett vagy veszélyeztetett jogi tárgy azonossága nem elegendő ahhoz, hogy folytatólagos egység létesüljön: mivel a folytatólagos bűncselekmény a kezdő és a befejező cselekmény között önmagukban végső soron nem önálló, ún. rész-cselekményekből¹² áll, melyek összességükben alkotnak egy bűncselekményt, ezek között azonos jogi tárgyat sértő, ám más tényállás keretei közé illeszkedő cselekmény az egyes rész-cselekmények láncolatát megszakítaná, ezáltal anyagi halmazat megállapítását tenné indokolttá (ennek ellenére a jogi tárgy relevanciával bírhat a folytatólagos bűncselekmény témakörében, lásd 2.1.4.). A jogalkotó e szemléletnek megfelelő állásfoglalása olvasható ki egyébként a Btk. 12. § (2) bekezdéséből is: a folytatólagos bűncselekmény *nem bűnhalmazat*, hanem *egy bűncselekmény*, ennek megfelelően az azt megvalósító rész-cselekmények egyike sem valósíthat meg egy másik bűncselekményt. Tehát a folytatólagos bűncselekményt alkotó valamennyi rész-cselekménynek ugyanabba a tényállásba kell illeszkednie. Így például folytatólagos lopás

⁸ 1931, 28.

⁹ 1920, 487.

¹⁰ 1885, 37.

¹¹ 1894, 350.

¹² Nagy 2008, 234.

megállapítására lehetőség van, ám lopás és sikkasztás – közös jogi tárgyuk ellenére – még az egyéb törvényi feltételek fennállta esetén sem alkothat folytatólagos egységet. Ezzel szemben Kocsis 1939-ből származó *de lege ferenda* javaslatában kívánatosnak tartotta volna, hogy „a folytatólagosság köre kiterjesztessék az egyetlen bűncselekmény tényálladékának körén kívül is és a többféle tényálladék alá eső önálló cselekménysor is folytatólagos egységgé vonassék össze”.¹³ Javaslatát – mely részben kidolgozatlansága, részben a folytatólagosságnak indokolatlanul nagy teret biztosító volta miatt bizonytalan alapokra helyezte volna a folytatólagosság tanát – a bírói gyakorlat és a jogalkotó sem tette magáévá.

2.1.2. Szintén vitára adott okot a régi szerzők között¹⁴, hogy az ugyanannak a bűncselekménynek az alaptényállásába illeszkedő, ám annak egyszer vétségi, máskor büntetési alakzatát megvalósító elkövető cselekményei minősíthetők-e folytatólagosan elkövetettként. Irtk a folytatólagosság ismérveként – egyebek mellett – a „hasznló módon ismételt” elkövetést is megkövetelte¹⁵, amivel konkludens módon azt fejezte ki, hogy vétséget csak azonos bűncselekmény vétségi alakzatával, ugyanígy büntetést is csak ugyanilyen büntetssel lehet folytatólagos egységbe foglalni.

A hatályos szabályozás szerint nem tartható ez a felfogás, mivel a törvényhozó a Btk. 11. § (1) bekezdésében úgy fogalmaz: „A bűncselekmény büntetett vagy vétség”. Ebből következik, hogy a 12. § (2) bekezdésben használt

¹³ 1939, 218.

¹⁴ Uo. 219.

¹⁵ 1928, 223.

„ugyanolyan bűncselekmény” kifejezés feltétlenül vonatkozik a bűncselekménynek mind a büntetési, mind a vétségi alakzatára, azok egymástól a folytatólagosság szempontjából nem különíthetők el. Ezt támasztja alá a Btk. Indokolása is: „ahol [...] a törvény nem büntettet vagy vétséget említ, hanem általában bűncselekményről szól, ezen a büntettet és vétséget is érteni kell”.¹⁶ A bíráló tárgyává tett szemlélet egyébként is indokolatlanul leszűkítené a folytatólagos bűncselekmény megállapíthatóságának körét, ugyanis az anyagi halmazati körébe utalna számos olyan esetet, amikor az elkövető cselekményeit minden egyéb szempontból folytatólagosan elkövetettként minősíthetnénk. Például a tolvaj tíz részecselekménye közül kilenc a lopás büntetési értékhatára alatt maradt, így vétségnek minősül, ám egy az értékhatárt meghaladva már büntetettnek, akkor e szabály alkalmazása esetén folytatólagosan elkövetett lopás vétségének és egy rendbeli lopás büntetettének *halmazataként* kellene az egyébként minden szempontból egységes, azaz a folytatólagosság további kritériumainak eleget tevő cselekménysort minősítenünk. Ennek megfelelően a bíróság halmazati büntetés kiszabására lenne köteles, ami hátrányosabb helyzetbe hozná az elkövetőt a folytatólagos egységre kiszabható büntetéshez képest. E megoldás továbbá nincs figyelemmel arra, hogy a szubjektív oldalon fennálló egységes elhatározás (lásd majd 2.2.) a büntetési alakzat megvalósításakor sem különbözött a vétségi alakzatok kivitelezésekor fennállótól. Az elmondottakból következően megállapítható¹⁷, hogy ha az egyes részecselekmények ugyanazon bűncselekményt

¹⁶ Magyar Közlöny, 1978. évi 92. szám. 1112.

¹⁷ A szándékos bűncselekmények jelentős részénél az alapeset ugyanis vétség, a minősített eset viszont – büntetési tételére tekintettel – már büntetettnek minősül: pl. a Btk. 316. § (2) bekezdése szerinti lopás vétsége és (4) bekezdése szerinti lopás büntette.

valósítják meg, akkor kimeríthetik annak akár alapesetét, akár minősített vagy privilegizált esetét, ez a folytatólagos egység létrejöttét nem gátolja, azaz valamennyi részcselekménynek ugyanazon tényállási esetet kimerítő volta a folytatólagos bűncselekmény megállapíthatóságának nem kelléke. Ha azonban a részcselekmények egyike minősített esetet valósít meg, ez a körülmény (több különböző minősítő körülmény esetében a legsúlyosabb) a folytatólagos bűncselekmény egészére irányadó lesz. Már a kir. Kúria is ennek megfelelően járt el, tehát egységbe foglalta a bűncselekmény alap- és minősített eseteit, a folytatólagos bűncselekmény minősítéséül pedig az egyes cselekmények közül a legsúlyosabbnak a minősítését hívta fel.¹⁸ A jelenlegi bírói gyakorlat hasonló elv alapján ítélkezik: „a törvényi egységet (folyatólagosság) alkotó cselekmények egységes jogi értékelést vonnak maguk után; a minősítés ilyenkor általában a legsúlyosabban fenyegetett, illetve a hátrányosabb jogkövetkezményekkel járó részcselekményhez igazodik”.¹⁹

2.1.3. Stádiumtan. A folytatólagos bűncselekmény megállapíthatósága szempontjából közömbös, hogy egyes részcselekmények a kísérlet szakában rekedtek, míg mások befejezetté váltak. Ilyenkor is szükséges azonban, hogy a folytatólagos bűncselekmény valamennyi ismérve megvalósuljon, így pl. nem állapítható meg folytatólagosan elkövetett bűncselekmény vagy annak kísérlete, ha bizonyítható ugyan, hogy az elkövető egységes elhatározása (lásd majd 2.2.) több részcselekmény megvalósítására terjedt ki, ám már az első részcselekmény

¹⁸ Ismerteti Kocsis 1939, 231.

¹⁹ BH 1993.72.

megkísérlésekor vagy elkövetésekor tetten érték – cselekménye ilyenkor tudattartalmától függetlenül természetes egység (kísérlet vagy befejezett bűncselekmény). Ha az elkövető legalább két részcselekményt megvalósított, és azok közül valamennyi részcselekmény csak kísérletként minősül, egységesen a folytatólagosan elkövetett bűncselekmény kísérletét kell megállapítani²⁰, ha közülük egy is befejezetté vált – főszabály szerint – az egész folytatólagosan elkövetett bűncselekmény befejezettnek minősül. Helyesnek tartom a régi judikatúra azon gyakorlatát, amely abban az esetben, amikor az elkövető valamely bűncselekmény befejezett alapesetét és minősített esetének kísérletét is megvalósította (feltéve, hogy a folytatólagosság további feltételei is fennálltak), cselekményeit egységesen a folytatólagosan elkövetett minősített eset kísérletének minősítette: a kir. Kúria egyik döntésében „a befejezett lopás vétségét és megkísérelt lopás büntetettét folytatólagos lopás büntette kísérletének minősítette azzal az indoklással, hogy a lopás büntettének kísérlete [...] súlyosabban büntetendő, mint a lopás vétsége”.²¹

2.1.4. Földvári 1962-es tanulmányában még úgy foglalt állást, hogy „elvileg bármely bűncselekmény elkövethető folytatólagosan. Sem a tudományban, sem a gyakorlatban nem alakult ki olyan felfogás, amely kizárná a folytatólagosság lehetőségét valamely bűncselekmény tekintetében”.²² A judikatúra a későbbiekben azonban kialakított egy olyan – általam is helyesnek tartott – gyakorlatot, amely szerint nem valósíthatók meg folytatólagosan az olyan

²⁰ Ellentétesen Balogh 1885, szerinte „a folytatólagos büntett nem állhat pusztán kísérleti cselekvényekből”.

²¹ Ismerteti Kocsis 1939, 239.

²² 1962, 267.

bűncselekmények, amelyek jogi tárgya nem sérthető *folyamatosan* (a jogi tárgy témánkhoz kapcsolódó kérdéseiről már szó volt a 2.1.1. pontban). Ebben az esetben ugyanis a folytatólagosság konstrukciója nem alkalmazható, lévén annak lényege abban áll, hogy az elkövető az egységesen elhatározott cselekményeit több ízben fejt ki ugyanazon sértettel szemben (lásd majd 2.3.), amire csak folyamatosan sérthető jogi tárgyat védelmező büntetőjogi tényállások esetében van módja. Ha ugyanis a sérelemokozási lehetőség a tényállás egyszeri megvalósítása után objektíve véget ér (így például befejezett emberölés esetében), nem kerülhet sor arra a következő részselekményre, amellyel a korábbi részselekmény majd folytatólagos egységbe lenne foglalható. Helyesen mondta ki tehát a Legfelsőbb Bíróság, hogy „folyatóság megállapításának csak fokozatosan sérthető jogtárgy esetében van helye, az emberi élet pedig nem ilyen”.²³ Így az az elkövető, aki többször kísérli meg az emberölést ugyanazon sértett sérelmére, egy rendbeli emberölés kísérletéért (és nem folytatólagosan elkövetett emberölés kísérletéért!) felel mindaddig, amíg a sértett halála be nem következik, feltéve, hogy az egyes kísérleti cselekmények nem válnak el egymástól olyan mértékben, ami már anyagi halmazat megállapítását tenné indokolttá (pl. az egyes cselekmények között évek telnek el, azok teljesen új elhatározásból fakadnak, stb.). Az elkövetés többszöri megkezdését, továbbá a kísérlet teljes voltát egyébként súlyosító körülményként értékelheti a bíróság. Ha pedig a halál bekövetkezett, befejezett emberölés és *nem* folytatólagosan elkövetett emberölés a bűncselekmény helyes minősítése (feltéve, hogy nincs

²³ BH 1986.87.

helye a halmazati minősítésnek), függetlenül attól, hogy az elkövető hányszor próbálkozott az ölési cselekmény realizálásával. E gyakorlatán a Legfelsőbb Bíróság a későbbiekben sem változtatott, 2002-ben kimondta, hogy ugyanakkor a passzív alanyak a kétszeri megölése fogalmi képtelenség, az elkülönült, önálló, befejezett ölési cselekmények folytatóságára fel sem vetődhet.²⁴ E jogértelmezés szerint tehát helytelen Fayer példája, amelyben megállapíthatónak tartja a folytatóságot akkor, ha „a nő több ízben ad mérget férjének, míg ez belebetegszik és meghal”.²⁵

2.1.5. Az *ugyanolyan bűncselekmény* törvényi követelménye azt is jelenti, hogy a szabálysértési értékre elkövetett cselekmények, amelyek önmagukban csupán szabálysértést képeznek, nem foglalhatók folytatós egységbe. A judikatúra ezzel teljesen ellentétes, a törvénynek ellentmondó gyakorlatot folytat, a Legfelsőbb Bíróság a közelmúltban kimondta, hogy: „ha a folytatóság törvényi feltételei fennállnak, a szabálysértési értékre elkövetett egyes részeselekmények összességükben bűncselekményként értékelhetők”.²⁶ Érvéleése már az első tagmondattól *contra legem* jogértelmezésre utal, mivel a folytatóság törvényes feltételei csak akkor állnak fenn, ha részeselekményenként az „ugyanolyan bűncselekmény” követelménye is teljesül, szabálysértések elkövetésekor azonban e feltétel hiányzik. A rendelkezéssel valószínűleg a Csemegi-kódexből ismert érték-egybefoglalás intézményét²⁷ igyekszik a jogalkotó kifejezett akarata ellenére részben visszacsempészni a bírói

²⁴ EBH 2002.731.

²⁵ 1895. 310.

²⁶ BH 2002.210.

²⁷ 1878. évi V. tc. 335. §

gyakorlat, amely értelmében az elkövető által külön-külön elkövetett lopások esetében az eltulajdonított dolgok értékét összeadták és ennek megfelelően minősítették a cselekményeket, illetve állapították meg a büntetési tételt. A jelentős és egyébként indokolatlan kriminalizációval járó törvénysértő gyakorlat nem tartható. A folytatólagosság konstrukciója létének jogalkotói indoka ugyanis éppen az, hogy a törvényben meghatározott ismérvek fennforgása esetén egy bűncselekmény elkövetéséért vonjuk felelősségre az elkövetőt a túl szigorú halmazati minősítés és büntetés helyett, ezért a folytatólagos elkövetés ténye nem szolgálhat alapul ahhoz, hogy az elkövető felelősségét súlyosítsuk azáltal, hogy önmagukban szabálysértésnek minősülő részcselekményeiből összességükben bűncselekményt kreáljunk. Ellenkezik e megoldás továbbá a *nullum crimen/nulla poena sine lege scripta* speciális büntetőjogi alapelvével²⁸, amely a büntetőjogban a szokásjog érvényesülését kizárólag az elkövető javára engedi meg, a jelenlegi ítélkezés gyakorlata azonban büntetőjogi felelősséget alapító, illetve súlyosító szokásjogi interpretációnak minősül.

2.2. Egységes elhatározás

Az egységes akarat-elhatározás a folytatólagos bűncselekmény megvalósulásának szubjektív feltétele. Nézetem szerint a legkardinálisabb ismérv annak eldöntéséhez, hogy a folytatólagosság megállapítható-e, mivel az elkövető tudattartalmában létrejött elhatározás az, ami arra sarkallja, hogy ne egyszerre,

²⁸ Az alapelvhez lásd Nagy 2008, 49-51.

hanem több ízben valósítsa meg az egységet alkotó részcselekményeit, tehát a szubjektív feltétel fennforgása az objektív oldalon jelentkező feltételek megvalósulása *előfeltételének* tekinthető. Általánosságban annyi mondható el róla, hogy az egységes elhatározás nem jelent minden részcselekményt átfogó előre kitervelést, „előre megfontoltságot”²⁹, inkább az vizsgálendő, hogy az egyes részcselekmények azonos indítékból fakadtak-e, az elkövetőt ugyanazon cél elérése készítette-e a további részcselekmények megvalósítására, mint amely a legelső részcselekmény elkövetésére.³⁰ Megállapíthatóságához elegendő például, ha az elkövető az első részcselekmény megvalósítása előtt annyit határoz el, hogy ahányszor csak lehet, el fogja követni a bűncselekményt. Találó Balogh azon megállapítása, amely szerint a további részcselekmények elkövetésekor az elkövető tudatában nem újabb elhatározás, hanem a korábbi elhatározás *reprodukcója*³¹ történik, ezáltal tekinthető az egységesnek. Nem forog fenn a bírói gyakorlat szerint ez az ismérv abban az esetben, amikor az elkövető kifejezetten alkalomszerűen és pillanatnyi indulatból fakadóan valósítja meg cselekményeit.³² Ugyancsak nem állapítható meg folytatólagos bűncselekmény, ha „az elkövető végleg felhagyott a folytatás szándékával, majd – más indítékok alapján – újra elhatározza a korábbihoz hasonló részcselekmények elkövetését”.³³

2.2.1. A kommentár- és a jogirodalom részben eltérő nézetet vall abban a kérdésben, hogy az egységes elhatározás mikor forog fenn. Előbbi szerint az

²⁹ FBK 1991/1.

³⁰ Nagy 2008, 234.

³¹ 1885, 32.

³² BH 1995.257.

³³ Kommentár. Szerk.: Berkes, 2008, 36/5.

egységes elhatározás „nem jelenti azt, hogy a terheltnek már eleve több ugyanolyan bűncselekmény elkövetését kell elhatároznia”.³⁴ Földvári tankönyvében ezzel szemben úgy foglal állást, hogy nem minősülnek folytatólagosan elkövetettnek az elkövető cselekményei, ha ő először csak egy elkövetést határozott el és csak a sikeren felbuzdulva alakult ki benne a második és a további elkövetésekre irányuló elhatározás.³⁵ Részemről az utóbbi felfogást tartom helyesnek. Ha ugyanis az elkövető eredetileg csak egy bűncselekményt szándékozott elkövetni, majd látva azt, hogy minden különösebb nehézség, illetve a tetten érés veszélye nélkül tudta cselekményét kivitelezni, azt a legközelebbi alkalommal újabb elhatározása folytán ismét realizálja, az egységes elhatározás hiányában folytatólagosság megállapítására nem kerülhet sor, hanem valóságos homogén anyagi halmazat létesül. Ilyenkor ugyanis nem a folytatólagosság megállapításához szükséges eredeti elhatározás reprodukciója történik, hanem valójában egy, a korábbtól teljesen elkülönülő, azóta kialakult indítékon alapuló új elhatározás jön létre, amelynek folytán nem részecselekmények láncolata, hanem két önálló bűncselekmény valósul meg. Sajnálatos módon az ehhez hasonló esetekben a bírói gyakorlat az egységes elhatározás vizsgálata helyett gyakran megelégszik a könnyebben megállapítható objektív ismérv, a *rövid időköz* vizsgálatával, és amennyiben ez fennforog, automatikusan megállapítja a folytatólagosságot olyan esetekben is, amikor ennek – éppen az egységes elhatározás hiánya miatt – nem lenne helye (erről részletesebben lásd 2.4.).

³⁴ Kommentár. Szerk.: Jakucs, 2004, 66.

³⁵ 2006, 219.

2.2.2. Bűnösség. A hazai jogirodalomban jelenleg uralkodó felfogás³⁶ szerint folytatólagos egységbe csak szándékos bűncselekmények foglalhatók. Földvári álláspontja szerint az egységes elhatározás követelménye miatt fogalmilag kizárt a gondatlan, illetve a vegyes bűnösségű bűncselekmények folytatólagos elkövetése.³⁷ Békés 1973-as tankönyvében még éppen azért tartotta lehetségesnek gondatlan bűncselekmények folytatólagos egységbe foglalását, mert ahhoz nem „szándékegységre”, hanem a *bűnösségi alakzatra nem utaló* egységes elhatározásra van szükség.³⁸ A folytatólagos bűncselekmény legalizálását követően azonban – annak ellenére, hogy a Btk. szintén az „egységes elhatározás” kifejezést használja – ugyancsak e követelményre hivatkozva zárta ki a gondatlan bűncselekményeket a folytatólagosság köréből, tehát ugyanazon ismérvből az ellenkező következtetésre jutott.³⁹ Nagy álláspontja szerint ellenben az egységes akarat-elhatározás, így végső soron a folytatólagos bűncselekmény – kivételes jelleggel – bizonyos vegyes bűnösséggel megvalósuló gondatlan bűncselekményeknél is létrejöhet.⁴⁰ A régi szerzőket szintén megosztotta e kérdés. Pauler⁴¹, Balogh⁴² és Schultheisz⁴³ egyértelműen elutasították a gondatlan bűncselekmények egymással, illetve szándékos bűncselekményekkel való egységbe foglalhatóságát, velük szemben az előbbit Heller⁴⁴ és Kocsis⁴⁵ lehetségesnek tartotta. Finkey „Az egység és a többség tana” c. korai művében

³⁶ Földvári 2006, 219., Békés 2002, 218., Wiener 2003, 87.

³⁷ 2006, 219.

³⁸ 1973, 306.

³⁹ Békés-Földvári-Gáspár-Tokaji 1980, 293.

⁴⁰ 2008, 234.

⁴¹ 1869, 123.

⁴² 1885, 45.

⁴³ 1948, 131.

⁴⁴ 1931, 323.

⁴⁵ 1939, 195.

még helyeselte a gondatlan deliktumok folytatólagos egységbe foglalását⁴⁶, később született tankönyvében azonban megváltoztatta véleményét és kizárólag a szándékosan elkövetett bűncselekmények viszonylatában tartotta azt lehetségesnek.⁴⁷

Nézetem szerint – annak ellenére, hogy a gyakorlatban a szándékos bűncselekmények folytatólagos egységbe foglalásának van meghatározó jelentősége⁴⁸ – a gondatlanságból elkövetett bűncselekményeket a folytatólagosság köréből kirekeszteni *ab ovo* nem lehet, ugyanis a Btk. 12. § (2) bekezdése nem követeli meg *kifejezett kritériumként* a szándékosságot. Az olyan általános részi törvényi definíciók esetében, ahol a jogalkotó az adott jogintézmény alkalmazási köréből a gondatlan bűncselekményeket ki kívánta zárni, ott ezt a jogszabály szövegezésékor megtette; erre például szolgálhat a Btk. 16. §-ba foglalt kísérlet definíciója, vagy a Btk. 20. § (2) bekezdésében szabályozott társtettség fogalma. A folytatólagosság kérdése az alábbi, a gondatlansággal kapcsolatos bűncselekmények esetében jöhet szóba:

- a) A *vegyes bűnösséggel* megvalósuló bűncselekményeket – melyekről a magyar büntetőjogban nagyon nehéz egyértelműen eldönteni, hogy szándékos vagy gondatlan bűncselekménynek minősülnek-e⁴⁹ – általánosságban az jellemzi, hogy az objektív tényállási elemek egy részére a szándékosság, más részére a gondatlanság terjed ki.⁵⁰ Egyes olyan

⁴⁶ 1895, 89. p.

⁴⁷ 1914, 252. p.

⁴⁸ Nagy 2008, 234.

⁴⁹ Szomora 2003, 98.

⁵⁰ Vö. Nagy 2005, 145.

bűncselekmények esetében, amelyek szándékos magatartással valósulnak meg, de az elkövetőt valamely másik tényállási elem tekintetében gondatlanság terheli, a folytatólagosság – véleményem szerint – létrejöhet. Például szolgálhat a Btk. 234. §-ba foglalt gondatlan hamis vád vétsége, amely a tényállítás valótlan, illetve a bizonyíték hamis voltában való tévedéstől eltekintve mindenben megegyezik a szándékos hamis váddal. Éppen ezért az elkövető tudatában ilyenkor ugyanolyan egységes elhatározás jöhet létre, mint a Btk. 233. § szerinti szándékos hamis vád esetében, ugyanúgy egységesen elhatározhatja azt, hogy minden alkalommal, amikor megidézik, vádját – melyet ő valósnak gondol, mert a tőle elvárható figyelmet vagy körültekintést elmulasztotta – a hatóságnak előadja. Ugyanígy a folytatólagosság egyéb ismérvei is megvalósulhatnak gondatlan hamis vád esetében is, így dogmatikai szempontból nem látok okot a folytatólagosság megállapításának mellőzésére. A folytatólagosság megállapítása mellett szólnak egyébként a reá, illetve a halmazati minősítésre irányadó jogkövetkezményi szabályok is. Ha ugyanis **A** a hatóság előtt bűncselekmény elkövetésével gondatlanságból hamisan vádolja **B**-t, majd vádját a büntetőeljárás megindítása után a bíróság előtt több tárgyaláson is megismétli, annyi rendbeli gondatlan hamis vád vétsége elkövetéséért kell **A**-t bűnösnek kimondani, ahányszor a hamis vádat előadta, és ennek megfelelően a halmazatra irányadó büntetést kell vele szemben kiszabni.⁵¹ A halmazati minősítés és az arra vonatkozó büntetés

⁵¹ Ellentétesen Békés-Földvári-Gáspár-Tokaji 1980, 293. Békés szerint ilyenkor természetes egység létesül. Ez az álláspont azonban – tekintettel arra, hogy az elkövetési magatartás nem folyamatos jellegű, és a részselekmények

pedig nyilvánvalóan méltánytalan helyzetbe hozza **A-t C-hez** képest, aki szándékosan vádolta hamisan **B-t** több ízben is, és emiatt őt folytatólagosan elkövetett hamis vád büntette (tehát nem halmazat, hanem egy bűncselekmény elkövetése) miatt lehet marasztalni és rá az egységre irányadó büntetést kiszabni. Ellentmond ugyanis az argumentum a maiore ad minus szabályának az, hogy amíg az enyhébb fokban bűnös, gondatlanságból elkövetett hamis vád halmazati minősítést von maga után, addig a súlyosabb bűnösségi alakzat, a szándékosság egységkénti minősítésben és büntetésben részesüljön. Szintén vegyes bűnösséggel valósul meg a Btk. 292. § (2) bekezdésében szabályozott, gondatlanságból elkövetett rossz minőségű termék forgalomba hozatala, amelyet gyakran követnek el oly módon, hogy az elkövető tud arról, hogy az általa értékesített, használatba adott, forgalomba hozott termék feltehetőleg rossz minőségű, mégis könnyelműen bizakodik abban, hogy a termék hibás volta nem okoz majd problémát, ezért azt jó minőségű terméként tünteti fel (luxuria); úgyszintén úgy is, hogy az elkövető a termék rossz minőségű voltával azért nincs tisztában, mert a tőle elvárható figyelmet vagy körültekintést elmulasztotta (negligentia). Ilyenkor az értékesítés, a használatba adás, illetve a forgalomba hozatal mint elkövetési magatartás szándékosnak minősül, az elkövető gondatlansága kizárólag a termék minőségére vonatkozik. A folytatólagosság további feltételeinek fennforgása esetén annak megállapítása e bűncselekmény tekintetében

egységbe olvadásához szükséges szoros tér- és időbeli kapcsolat sem állapítható meg – problematikusnak tekinthető.

feltétlenül indokolt, a több ilyen termék értékesítésére, használatba adására, illetve forgalomba hozatalára vonatkozó elhatározás ugyanis sok esetben egységes, az egyes magatartások realizálása tudatos, csak a lehetséges következményekkel kapcsolatos tudati oldal fogyatékos. Ugyancsak szóba kerülhet a folytatólagosság megállapítása a gondatlanságból elkövetett árdragítás vétsége (Btk. 301. § (4) bekezdés) esetében, amikor az elkövető több árucikk tekintetében, gondatlanságból, tipikusan hanyagságból kér a hatósági árnál, vagy a reá nézve egyébként kötelezően megállapított árnál magasabb árat⁵², például azért, mert nem győződött meg arról, hogy az áru ára hatósági ármegállapítás körébe tartozik.⁵³

- b) Részemről azon az állásponton vagyok, hogy kivételes jelleggel a *gondatlanságból* elkövetett bűncselekmények esetében is helye lehet a folytatólagosság megállapításának, és pedig mind a tudatos gondatlanság (*luxuria*), mind a hanyagság (*negligentia*) esetében. A szerzők többsége ennek lehetőségét azzal az indokkal veti el, hogy a gondatlanság esetén nem beszélhetünk egységes elhatározásról⁵⁴, ami nem minden esetben helytálló. Az egységes elhatározás szempontjából – álláspontom szerint – az a kérdés tekinthető relevánsnak, hogy az adott bűncselekmény törvényi tényállását mindannyiszor kimerítő részselekmények összességükben egységesen merültek-e fel az elkövetőben, nem pedig az, hogy magatartásának következményeivel milyen tudati, illetve akarati-érzelmi viszonyban volt.

⁵² BH 1984.390. II.

⁵³ Kereszty-Marázné-Nagy-Vida 2005, 688.

⁵⁴ Így Balogh 1885, 45.

Közömbös tehát, hogy az elkövető tisztában volt-e azzal, hogy egyes magatartásai éppen bűncselekményt valósítanak meg, vagy azok a későbbiekben jogi tárgyat sértő vagy veszélyeztető eredményt idéznek majd elő (feltéve, hogy a törvény a gondatlan elkövetést is büntetni rendeli). A folytatólagos bűncselekmény kritériumainak ezért egy gondatlan elkövető is megfelelehet, így például folytatólagosan elkövetett foglalkozás körében elkövetett gondatlan veszélyeztetés vétségéért (Btk. 171. §) felel az a házi orvos, aki a hozzá panaszokkal forduló ugyanazon beteget sorozatosan, megvizsgálás nélkül elküldi⁵⁵, ugyanígy a műtétsorozatot végrehajtó, ügyetlen vagy könnyelmű sebészorvos, aki gondatlanságból, több műtét folyamán teszi ki közvetlen veszélynek páciense testi épségét, egészségét. Az egységes elhatározás, így végső soron a folytatólagosság megállapíthatósága tehát nem a bűnösségi alakzat függvénye, mivel mind a szándékos, mind a gondatlan elkövetés esetében fennállhat az elkövető minden egyes részcselekményre kiterjedő egységes elhatározása. Helytelen továbbá – nézetem szerint – a Legfelsőbb Bíróság azon állásfoglalása, amelyben a gondatlan bűncselekmények tekintetében azért tartja kizártnak a folytatólagosságot, mert azok „esetében akaratlagos tevékenységről nem lehet szó”.⁵⁶ Az akaratlagosság ugyanis a redukált cselekményfogalom értelmében a bűncselekmény első fogalmi elemének, a cselekménynek az egyik (éspedig a szubjektív oldalon fennálló)

⁵⁵ Békés 1973, 306.

⁵⁶ BH 1979.105.

ismérve⁵⁷, ezért az semelyik tényállásszerű magatartás, így gondatlan bűncselekmények esetében sem hiányozhat, e nélkül ugyanis a bűncselekményi jelleg – büntetőjogi értelemben vett cselekmény hiányában – már a tényállásszerűség vizsgálata előtt lehetetlenné válik. A Legfelsőbb Bíróság egyébként – korábbi gyakorlatának megfelelően, különösebb érdemi indoklás nélkül – változatlanul követi azt a kifogásolható gyakorlatot, amelynek értelmében a gondatlan bűncselekmények folytatólagos elkövetése kizárt.⁵⁸

További feltételnek veszem fel gondatlan bűncselekmények folytatólagos egységbe foglalhatóságához azt, hogy az egyes részselekmények megvalósítása után a gondatlan elkövető számára *ne váljon ismertté* az a veszélyeztető vagy sértő eredmény, amelyet az azzal okozati összefüggésben álló, azt megelőző gondatlan magatartásai okoztak. Ez a körülmény ugyanis megtöri az egyes gondatlan részselekmények összefüggését, megszakítja a korábbi egységes elhatározást, hiszen az elkövető, amint tudomást szerez cselekményei társadalomra veszélyességéről, azonnal azok abbahagyására lenne köteles. Ha a büntetőeljárásban bizonyítható, hogy az elkövető tudomást szerzett cselekményeinek valamely büntetőjogilag védelmezett jogi tárgyat sértő vagy veszélyeztető voltáról, és ennek ellenére nem hagyott fel a

⁵⁷ Vö. Nagy 2008, 100.

⁵⁸ BH 2004.174. III. E döntés in concreto helyes volt, mivel a történeti tényállás alapján a hanyag kezelés vétsége nem volt folytatólagos egységbe foglalható, ám az elvi kijelentés nézetem szerint problematikusnak tekinthető.

könnyelmű, hanyag magatartások realizálásával, valóságos anyagi halmazatot kell terhére megállapítani.

Utalnék itt a vegyes bűnösséggel megvalósuló bűncselekményeknél (lásd: 2.2.2.a) elmondottakra is: ellentmondást idéz elő az, hogy míg a szándékosan eljáró elkövetőt egy folytatólagosan elkövetett bűncselekményért, addig a kisebb fokban bűnös, gondatlanul cselekvőt cselekményei számától függően több rendbeli elkövetésért (valóságos homogén anyagi halmazat) vonjuk felelősségre.

- c) Arra a kérdésre azonban, hogy ugyanazon bűncselekmény *szándékos és gondatlan* alakzatai egymással a folytatólagosság egységébe foglalhatók-e, válaszom nemleges. A két alakzat olyan fokban különbözik egymástól, hogy az egységes elhatározásuk az egyező alaptényállás dacára sem lehetséges, vagyis szándékos bűncselekmény csak szándékossal, ugyanígy gondatlan bűncselekmény is csak gondatlannal képezhet folytatólagos egységet.⁵⁹

2.3. *Azonos sértett sérelmére*

A sértett fogalmát, mely büntető eljárásjogi fogalom, a büntetőeljárásról szóló 1998. évi XIX. törvény 51. § (1) bekezdése határozza meg: „Sértett az, akinek a jogát vagy a jogos érdekét a bűncselekmény sértette vagy veszélyeztette”. Akkor

⁵⁹ Így Heller 1931, 324. és Kocsis 1939, 195.

tekinthető tehát azonosnak a folytatólagos bűncselekmény szempontjából a sértett, ha annak minden egyes részselekménye ugyanazon személy jogát vagy jogos érdekét sérti vagy veszélyezteti. Az azonos sértett sérelmére történő elkövetés objektív jellegű ismérv a folytatólagosság megállapíthatóságához.

2.3.1. A régi jogirodalom a személy elleni bűncselekmények körében régtől fogva megkövetelte a sértett azonosságát az egyes részselekmények esetében⁶⁰, ennek hiánya, azaz a több sértett sérelmére történő elkövetés az ilyen jellegű deliktumoknál minden esetben anyagi halmazat megállapítását tette indokolttá. A vagyon elleni bűncselekmények körében azonban a korabeli szerzők szinte kivétel nélkül egységet – és ha további feltételei fennálltak, folytatólagos egységet – láttak megvalósulni azokban az esetekben, amikor az elkövető több sértett tulajdonában álló, de azonos elkövetési helyen megvalósuló lopás(oka)t követett el. Ez a jogi tárgy mibenlétének a maitól eltérő felfogásából fakadt, mint Angyal írja: „a vagyon elleni deliktumoknál, mert a jogtárgy dolgokban realizálódik, nem kell a sértett személyek azonossága, de a jogtárgy egysége ehelyütt is nélkülözhetetlen”.⁶¹ A vagyon elleni bűncselekmények tehát nem az egyes sértettek tulajdonában álló dolgokat mint elkövetési tárgyakat sértették e szemlélet értelmében, hanem általánosságban a *tulajdonjogot*, ami pedig a több tulajdonos ellenére is egységes – ekkor tehát még összemosták a jogi tárgy és az elkövetési tárgy kategóriáit. A mai felfogás ezzel ellentétesen az, hogy „vagyon elleni bűncselekményeknél a folytatólagosság megállapíthatóságánál annak a

⁶⁰ Finkey 1895, 83.

⁶¹ 1920, 487.

személynek kell azonosnak lennie, akinek vagyoni érdekét sértették az egyes részcselekmények”.⁶² Ezt a megállapítást, lévén az a Btk. 12. § (2) bekezdéséből következik, helyesnek találom. Azt azonban már vitathatónak, hogy „a lopás többrendbelisége a sértettek számához igazodik, függetlenül attól, hogy az elkövető tudata átfogta-e a sértettek kilétét, illetőleg azt, hogy az eltulajdonított dolog hány sértett tulajdonában, illetőleg birtokában van”.⁶³ Jól mutatja e kérdés ellentmondásosságát a Legfelsőbb Bíróságnak a BH 1993. 72. számú határozata: „kétségtelen főszabály az, hogy a lopási cselekmény annyi rendbelinek minősül, ahány sértett ténylegesen van, és a vádlott tudattartalmának e körben nincsen jelentősége. Az ítélkezési gyakorlat azonban ennek ellenére egy rendbelinek tartja azt a lopást, amelyet családi otthonban együtt élő (házközösségben élő vagy együtt gazdálkodó) családtagok sérelmére követnek el, még akkor is, ha a lopás nemcsak a közös tulajdonban vagy használatban álló tárgyakra vonatkozott”. A bírói gyakorlat tehát hol az elkövető tudattartalmától függetlenül, a szubjektív momentumok vizsgálata nélkül halmazatot állapít meg⁶⁴, hol pedig a törvény szövegéből nem következő körülményeknek tulajdonít halmazati minősítést kizáró jelentőséget⁶⁵; nézetem szerint mindkettőt *contra legem* módon teszi:

- a) Törvényt sértő az azonos sértett sérelmére történő elkövetést az elkövető tudattartalmától függetlenül. A Btk. 27. § (1) bekezdése értelmében „nem büntethető az elkövető az olyan tény miatt, amelyről az elkövetéskor nem tudott”. A tévedés a bűnösség síkján küszöböli ki az elkövető

⁶² Kommentár. Szerk.: Jakucs, 2004, 66.

⁶³ BH 1985.307.

⁶⁴ BH 1994.68. és BKv 43. 3. pont

⁶⁵ BH 1993.72.

cselekményének bűncselekményi jellegét, ezáltal nem tartozik büntetőjogi felelősséggel azon cselekményei tekintetében, amelyekkel kapcsolatban ténybeli tévedésben volt. A sértett azonossága vagy különbözősége pedig a tévedés szempontjából releváns ténynek tekinthető, mivel azt a szándékosságnak át kell fognia.⁶⁶ Így a helyes felfogás szerint abban az esetben, amikor az elkövető – bár tudata azt fogja át, hogy egy személy dolgait tulajdonítja el – valójában több sértett ingóságait veszi el, egy bűncselekményt valósít meg (egy rendbeli lopást), mivel további tényállászerű és jogellenes lopási cselekményei bűnösség hiányában nem képeznek bűncselekményt. Ha azonban az elkövető tudott arról a körülményről, hogy az általa ellopott dolgok különböző személyek tulajdonában vannak, valóságos anyagi halmazat valósul meg. Nézetem szerint a folytatólagosság esetében ugyanígy: ha annak további feltételei fennállnak, az aggály nélkül megállapítható, hiába különbözött is a sértettek személye, feltéve, hogy azok eltérőségéről az elkövető nem tudott. Jó példa erre, amikor **A** több héten át, kisebb részletekben tulajdonít el készpénzt **B** nyitva tartott fiókjából, nem tudva arról, hogy **B** saját bankóin kívül a **C**-től és **D**-től megőrzésre átvett pénzt is ugyanezen fiókban tárolja, így egyes lopási részcselekményei megvalósításakor hol **B**, hol **C**, hol **D** tulajdonában lévő bankjegyeket tulajdonít el. **A** cselekményeinek helyes minősítése ilyenkor három rendbeli lopás helyett egy rendbeli, folytatólagosan elkövetett lopás. Ha azonban a történeti tényállás összes

⁶⁶ Nagy 2008, 172.

körülményének vizsgálata mellett in concreto az állapítható meg, hogy az elkövető tudott arról, hogy az egyes eltulajdonított dolgok más-más személyek tulajdonában vannak, anyagi halmazat létesül.

b) Ellenkezik a büntetőtörvény rendelkezéseivel az a gyakorlat is, hogy a családi otthonban együtt élő családtagok sérelmére, a nem közös tulajdonban, illetve használatban álló tárgyakra történő elkövetés esetében is egy rendbeli (és amennyiben feltételei fennállnak, folytatólagosan elkövetett) lopást állapít meg a bíróság.⁶⁷ Ilyenkor ugyanis, ha az elkövető tudata átfogta azt, hogy több személy tulajdonában álló dolgokat vesz el, a valóságos halmazat megállapításának mellőzését – ilyen irányú törvényi rendelkezés hiányában – semmi sem indokolja. Ez a gyakorlat tehát ellentmond az argumentum a maiore ad minus elvének, lévén egységnek minősít egy olyan esetet, amely súlyosabbnak tekinthető a hatályos Btk. alapján egy olyan másik esetnél, amikor a bíróság rendszerint halmazatot állapít meg.

2.3.2. A büntető anyagi jogban, amennyiben az elkövetési tárgy személy, passzív alanynak nevezik. A passzív alany és a sértett azonban nem feltétlenül esik egybe, elválhatnak egymástól.⁶⁸ Klasszikus példa erre a csalás bűncselekménye lehetséges megvalósulásának egyik esete, ilyenkor passzív alany az, akit az elkövető tévedésbe ejtett vagy tévedésben tartott, míg sértett az, aki a cselekmény folytán kárt szenvedett. A régi jogirodalomban a passzív alany és a sértett

⁶⁷ BH 1993.72.

⁶⁸ Nagy 2008, 107.

viszonya nem volt kellőképpen tisztázott, így eltértek a felfogások abban a kérdésben, hogy melyiküknek kell azonosnak lennie a folytatólagosság megállapíthatóságához. Egyesek mind a tévedésbe ejtett vagy tévedésben tartott személy, mind a vagyoni károsodott személy azonosságát megkövetelték ehhez. Kocsis velük szemben a mai büntetőjogban passzív alanyként nevezett, a megtévesztett vagy tévedésben tartott személy azonosságát állította a folytatólagosság feltételül.⁶⁹ Földvári még 1962-ben is uralkodónak tekintette e felfogást, kifejtve ezzel kapcsolatos fenntartásait.⁷⁰ A Btk. 12. § (2) bekezdése végül a sértett azonosságát tette a folytatólagos bűncselekmény ismérvévé, ami a csalás esetében csak helyeselhető: mivel a csalás vagyoni elleni bűncselekmény, a rendszertani értelmezés⁷¹ is azt követeli meg, hogy azon személyek számától függjön e deliktum rendbelisége, akiknek a vagyona károsodott az elkövető cselekményei által.

2.3.3. Kiemelést igényel, hogy az azonos sértett nem kizárólag természetes személy lehet: amennyiben a bűncselekmény jellege nem zárja ki a jogi személy vagy jogi személyiséggel nem rendelkező jogalanszervezet sérelmére történő elkövetés lehetőségét (mint például a Btk. XII. fejezetében szabályozott személy elleni bűncselekmények esetében, amelyek kizárólag természetes személy sértettek ellen követhetők el), és a folytatólagosság további feltételei is teljesülnek, a folytatólagos bűncselekmény e sértettek sérelmére is megvalósulhat.⁷² Így folytatólagos lopásért felelt az elhullott szarvas- és

⁶⁹ 1939, 351.

⁷⁰ 1962, 270.

⁷¹ Nagy 2008, 72-73.

⁷² BKv 43.

baktrófeákat a vadásztársaságtól, annak rendelkezése alatt álló területről eltulajdonító elkövető⁷³; ugyancsak folytatólagosan elkövetett egyrendbeli lopásnak minősítette a Legfelsőbb Bíróság annak az elkövetőnek a cselekményét, aki a MATÁV Rt. által üzemeltetett, a város különböző részein lévő telefonkészülékekből pénzt tulajdonított el.⁷⁴

2.4. Rövid időköz

Az egyes részcselekmények közt eltelt rövid időköz szintén a folytatólagos bűncselekmény megvalósulásának objektív feltétele. Tartamáról a törvény nem rendelkezik, a bíróságnak mindig a történeti tényállás alapulvételével kell eldöntenie, hogy fennforog-e a nevezett ismérv. A kommentárirodalom szerint az egyes részcselekmények között akár több hónap is eltelhet, de „kizárja a folytatólagosságot az a hosszabb időmúlás, amelynek folytán a cselekmények olyan élesen elkülönülnek egymástól, hogy már az egységes akarat-elhatározás sem ismerhető fel”.⁷⁵ A rövid időköz tehát a folytatólagos bűncselekmény szubjektív feltételének, az egységes elhatározás (lásd 2.2.) megállapíthatóságának kiegészítésére szolgál. Túl rövid időköz esetén, amikor a részcselekmények között például alig félóra telik el, a többszöri elkövetés ellenére természetes egység létesül.⁷⁶ Ha azonban túl hosszú idő telt el két elkövetés között, halmazat jön létre. Abban a kérdésben, hogy mikor nem forog fenn a rövid időköz kritériuma, a bírói

⁷³ BH 2002.424.

⁷⁴ BH 2001.457.

⁷⁵ Kommentár. Szerk.: Jakucs, 2004, 67.

⁷⁶ BH 1984.338.

gyakorlat nem egységes: egy esetben már a két cselekmény között eltelt négy hónapos időköz is túl hosszúként értékelte a bíróság és anyagi halmazatot állapított meg⁷⁷; más esetben csak tíz hónapos időköz esetében járt el így.⁷⁸ A Legfelsőbb Bíróság legfrissebb állásfoglalása alapján a folytatólagosság megállapítását nem zárja ki, ha a részcselekmények között egy-két hónap, vagy akár több hónapos időköz is eltelik.⁷⁹ A folytatólagos bűncselekmény tehát az időbeli viszonyt illetően a természetes egység és a homogén anyagi halmazat között helyezkedik el.⁸⁰

Nézetem szerint a rövid időköz követelményének vizsgálata önmagában nem nyújt kellő segítséget a judikatúra számára annak megállapításához, hogy fennforog-e a folytatólagos bűncselekmény immanens ismérvének tekinthető egységes akarat-elhatározás vagy sem, sőt: sok esetben hátráltatja abban, mivel törvényi szinten szabályozva teszi lehetővé azt, hogy a történeti tényállás különösebb áttekintése és mérlegelése nélkül, naptár alapján, szinte automatikusan határozzon a bíróság abban a kérdésben, hogy fennáll-e az egységes elhatározás. Földvári a gyakorlattal egybehangzóan úgy foglal állást, hogy „ha az egyes elkövetések között rövidebb idő telt el, akkor feltételezhetjük az egységes elhatározást, hosszabb idő eltelése esetében viszont különböző elhatározásokra kell következtetnünk”.⁸¹ Mindössze könnyen megdönthető *vélelem* tehát, hogy rövid idő eltelté esetén egységes volt az elhatározás, hosszabb

⁷⁷ BH 1976.437.

⁷⁸ BH 1978.59.

⁷⁹ BH 2002.210.

⁸⁰ Földvári 2006, 219.

⁸¹ 1962, 280.

idő eltelte után ellenben új. A büntetőjogi felelősség megállapításához azonban a vélelmezés nem lehet elégséges, bűnösséget megállapító ítélet csak a vádlott bűnösségében való teljes bizonyosság esetén születhet, amelynek a minősítés minden kérdésére ki kell terjednie, így a folytatólagos elkövetés megállapítására vagy ehelyett a halmazati minősítésre is. Mint Kocsis találóan megjegyzi⁸², a rövid időköznek *utaló*, de *nem alapító* jelentősége van abból a szempontból, hogy az egységes elhatározás megállapítható-e. Példával illusztrálva: **A** elhatározza, hogy egy újonnan íródo, patinás enciklopédia valamennyi példányát el fogja tulajdonítani a könyvesboltból, minden példányt közvetlenül a megjelenés után. Az egyes példányok megjelenése között azonban viszonylag hosszabb idő, fél év is eltelik. Elhatározása tehát feltétlenül egységes volt, a rövid időköz hiánya miatt hatályos büntetőtörvényünk szerint mégis annyi rendbeli lopás elkövetéséért kell **A**-t felelősségre vonnia a bíróságnak, ahány példányt már ténylegesen eltulajdonított az enciklopédiából. Ennél sokkal gyakoribb eset: **B**, a vádbeli napon feltöri a lakásától csak pár utcára található vegyeskereskedést, az elkövetés előtt további betöréses lopást nem tervezve. Később látja, hogy a kereskedő – mivel azt gondolja, hogy úgysem kerül elő a tettes – feljelentést nem tesz, és újabb biztonsági zárok kihelyezésével sem nehezíti a tolvaj dolgát. Így pár héttel később – előző bűncselekményének felfedezetlen voltán felbátorodva – **B** ismét bűncselekmény elkövetésére szánja el magát, teljesen új elhatározással, de a bírói gyakorlat szerint rövid időn belül. Ennek következtében a Btk. 12. § (2)

⁸² 1939, 175.

bekezdésének megfelelően egy rendbeli folytatólagosan elkövetett lopásért fogják elítélni, holott hiányzott az egységes elhatározása.

Mindezekre tekintettel megállapítható, hogy a rövid időköz mint a folytatólagos bűncselekmény megvalósulásának feltétele, az ítélethozatal általánosságban könnyítheti ugyan, de a helyes jogalkalmazást gyakran tévútra viszi az eredeti szabályozási célhoz képest, azaz nem feltétlenül áll összhangban a teleologikus értelmezés követelményével. A megoldás – nézetem szerint – a rövid időköz fennforgásának vagy fenn nem forgásának meghatározó jelentőséget tulajdonító szemlélet fenntartása helyett a történeti tényállás gondos áttekintésével annak vizsgálata lehet, hogy az elkövető minden egyes részselekményt az első elkövetéskor elhatározottaknak megfelelően, ugyanazon indítékból realizált-e, vagy sem, ugyanis – mint arra a 2.2. pontban is utaltam – csak az egységes akarat-elhatározás meglétének teljes bizonyítottsága esetén mellőzhető a halmazati minősítés és állapítható meg folytatólagos bűncselekmény.

2.5. Többszöri elkövetés

A többszöri elkövetés objektív ismérv, legalább két, egymással összefüggő⁸³ cselekményt tételez fel. Hiányában a folytatólagos bűncselekmény konstrukciója fel sem merülhet, hiszen annak lényege abban áll, hogy az elkövető nem egyszerre, hanem több ízben követi el az egyébként egységesen elhatározott

⁸³ Magyar Közlöny, 1978. évi 92. szám. 1112.

bűncselekményt. A többszöri elkövetésnek a 2.1. pontban tárgyalt *ugyanolyan bűncselekményre* kell vonatkoznia, a két ismerv tehát szorosan összefügg, ezért – az itt tett kiegészítéssel – utalnék az ott elmondottakra.

3. A folytatólagos bűncselekmény büntetése

A folytatólagos bűncselekmény intézményének eredeti rendeltetése a túl szigorú halmazati büntetés mellőzhetővé tétele volt az olyan esetekben, amikor az elkövető terhére annak megállapítása nem lett volna méltányos. Az uralkodó álláspont szerint a folytatólagos bűncselekmény elkövetőjének az egyszeri bűnelkövetőhöz képest feltétlenül fokozottabb a társadalomra veszélyessége, aminek az az indoka, hogy a többszöri elkövetés szükségképpen nagyobb elszántságot tételez fel a bűncselekmény elkövetésére, továbbá a bűnözéstől visszatartó motívumok az ilyen elkövetők tudatában annál kisebb erővel hatnak, minél több részselekményt realizáltak már.⁸⁴ Mindenképpen kevésbé érdemes azonban a büntetésre a folytatólagos bűncselekmény elkövetője a halmazatot megvalósítónál, ahogy Finkey fogalmaz, a folytatólagos bűncselekmény „kevesebb a bűnhalmazatnál, több a közönséges egységnél”.⁸⁵ Többen a természetes egységnél súlyosabb minősülése miatt javasolták a folytatólagos bűncselekményre irányadó büntetési tétel felső határának felemelését a

⁸⁴ Így Földvári (1962): 282. p.

⁸⁵ 1914, 252. p.

természetes egységéhez képest.⁸⁶ Erre a folytatólagos bűncselekmény törvénybe foglalásakor végül nem került sor, amit az indokol, hogy a folytatólagos bűncselekmény végeredményben *egy bűncselekmény*, ezért rá az egy bűncselekményre irányadó büntetési tételkeretben kell a büntetést kiszabni. A folytatólagos bűnelkövetést mindenesetre a büntetés kiszabása körében *súlyosító körülményként* értékeli a bíróság, és annál nagyobb nyomatékkel, minél több cselekményt foglal magában.⁸⁷

A folytatólagos elkövetést a büntetés kiszabás körében minden esetben súlyosító körülményként értékelő gyakorlat azonban nem számol azzal a lehetőséggel, amely az elkövető tudatában gyökerezik. Nem feltétlenül fokozottabb a társadalomra veszélyessége ugyanis annak a folytatólagos sikkasztást megvalósító pénztárosnak, aki cselekményei felfedezésétől való félelmében kis részletekben veszi ki a kasszából az előre elhatározott pénzösszeget – a másik, bátrabbnak bizonyuló társánál, aki egyszerre markolja fel ugyanazt az összeget, így egy rendbeli és nem folytatólagos sikkasztást valósítva meg. A helyes álláspont véleményem szerint tehát az, hogy a bíróság ne *elvi élel*, minden esetben, feltétlenül tekintse súlyosító körülménynek a folytatólagos bűncselekmény megvalósítását, hanem *in concreto*, a történeti tényállás lehető legpontosabb rekonstruálása után foglaljon állást abban a kérdésben, hogy az ítéleti minősítésben megállapított folytatólagos elkövetést a büntetés kiszabás körében végül súlyosító körülményként értékeli-e.

⁸⁶ Így Finkey (1914): 253. p. és Angyal (1920): 488. p.

⁸⁷ BKv 56. III. 6. pont

A dolgozat 2.1.3. pontjában kifejtett egyik esetben (amikor az elkövető valamely bűncselekmény befejezett alapesetét és minősített esetének kísérletét is megvalósította, cselekményei egységesen a folytatólagosan elkövetett minősített eset kísérletének minősülnek) a folytatólagos bűncselekmény kísérlete valósul meg. Ekkor nézetem szerint – mivel éppen a magasabb büntetési tétel alkalmazhatósága végett állapítottuk meg a befejezett alapeset helyett a minősített eset kísérletét – a Btk. 87. § (3) bekezdésében szabályozott, a kísérletre irányadó kétszeres leszállás intézményének alkalmazhatósága kizárható.

Irodalomjegyzék

Angyal Pál: A magyar büntetőjog tankönyve. Athenaeum. Budapest, 1920.

Balogh Jenő: A folytonos és a folytatólagos bűncselekmény tana. Franklin-társulat Könyvnyomdája. Budapest, 1885.

Békés Imre: A Büntetőjog Általános Része. Zrínyi Nyomda. Budapest, 1973.

Békés Imre (szerk. és társszerző): Büntetőjog. Általános Rész. A vonatkozó rész szerzője Sinku Pál. HVG-ORAC. Budapest, 2002.

Békés Imre – Földvári József – Gáspár Gyula – Tokaji Géza: Magyar Büntetőjog általános rész. Szerk.: Földvári József. BM Könyvkiadó. Budapest, 1980.

Berkes György (szerk. és társszerző): A Büntető Törvénykönyv magyarázata. 2. kiadás. 30. pótlás. HVG-ORAC. Budapest, 2008.

Edvi Illés Károly: A magyar büntetőjog általános tanai. Révai Testvérek. Budapest, 1894.

Fayer László: A magyar büntetőjog kézikönyve. Franklin-társulat Könyvnyomdája. Budapest, 1895.

Finkey Ferenc: Az egység és a többség tana. Sárospatak, 1895.

Finkey Ferenc: A magyar büntetőjog tankönyve. Grill Károly Könyvkiadó Vállalat. Budapest, 1914.

Földvári József: Az egység és a halmazat határesetei a büntetőjogban. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest, 1962.

Földvári József: Magyar Büntetőjog Általános Rész. Osiris Kiadó. Budapest, 2006.

Heller Erik: A magyar büntetőjog tankönyve. Szent István Társulat. Szeged, 1931.

Irk Albert: A magyar anyagi büntetőjog. Dunántúli Pécsi Egyetem Könyvkiadó. Pécs, 1928.

Jakucs Tamás (szerk.): A Büntető Törvénykönyv Magyarázata. I. kötet. A vonatkozó rész szerzője Vaskuti András. KJK-KERSZÖV Jogi és Üzleti Könyvkiadó. Budapest, 2004.

Kereszty Béla – Maráz Vilmosné – Nagy Ferenc – Vida Mihály: A magyar büntetőjog különös része. Szerk.: Nagy Ferenc. Korona Kiadó. Budapest, 2005.

Kocsis Mihály: A folytatólagos bűncselekmény. Dunántúli Pécsi Egyetem Könyvkiadó. Pécs, 1939.

László Jenő (szerk.): A Büntető Törvénykönyv magyarázata. I. kötet. A vonatkozó rész szerzője Békés Imre. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest, 1986.

Nagy Ferenc: A magyar büntetőjog általános része. HVG-ORAC. Budapest, 2008.

Nagy Ferenc: Tanulmányok a Btk. Általános Részének kodifikációjához. HVG-ORAC. Budapest, 2005.

Pauler Tivadar: Büntetőjogtan. Pfeifer Ferdinánd. Pest, 1869.

Schultheisz Emil: A bűncselekmény tana. Debreceni Tudományegyetemi Nyomda. Debrecen, 1948.

Szomora Zsolt: A tettességről. In Tudományos Diákköri Szemle. Szerk.: Badó Attila – Bóka János. Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar. Szeged, 2003.

Tokaji Géza: A bűncselekménytan alapjai a magyar büntetőjogban. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest, 1984.

Vámbéry Ruzsem: Büntetőjog, Grill Károly Könyvkiadó Vállalat. Budapest, 1913.

Wiener A. Imre (szerk. és társszerző): Büntetőjog. Általános Rész. KJK-KERSZÖV Jogi és Üzleti Könyvkiadó. Budapest, 2003.

Zöldy Miklós: A halmazat büntetőjogi alapelmélete, különös tekintettel az egység-többség gyakorlati tanára. Kultura Rt. Könyvnyomdája. Gyula, 1931.

Joganyagok jegyzéke

1878. évi V. törvénycikk: a magyar büntetőtörvénykönyv a büntettekről és vétségekről

1961. évi V. törvény a Magyar Népköztársaság Büntető Törvénykönyvéről

1978. évi IV. törvény a Büntető Törvénykönyvről

1998. évi XIX. törvény a büntetőeljárásról

Indoklás a Büntető Törvénykönyv Javaslatához. Magyar Közlöny. 1978. évi 92. szám

A Büntetőjogi Döntvénytár vonatkozó kötetei. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó.

A Legfelsőbb Bírósági Határozatokban közzétett vonatkozó eseti döntései

Boros Anita – Lentner Csaba

Kihívások a pénzügyi stabilitás szabályozásának területén

(Továbbszótt gondolatok a „Pénzügypolitikai stratégiák a XXI. század elején” című tanulmánykötet kapcsán (Akadémiai Kiadó, 2007. 585.p. Szerkesztette: Lentner Csaba)

A közép-európai országok, így hazánk is az elmúlt évszázad végén korszerűsítette, a piacgazdasági rendszer igényeihez igazította pénzügyi és bankrendszerét. A magyar kormányzati- és jegybanki monetáris politikák folyamatosan integrálódtak a fejlett piacgazdaságok magukba ölelő Európai Unió pénzügyi rendszerébe, megteremtve ezzel a világgazdaság élvonalához történő sikeres magyar felzárkózás elméleti esélyét. A világgazdaságot és a helyi társadalmakat 2007-től azonban hektikus rángások jellemzik. A recesszió mértéke hasonló az 1929-33-as un. Nagy Világgazdasági Válsághoz. Az észak-amerikai jelzálogpiacról kiinduló krízis az európai térségben is érezteti hatását. A külső piacokról begyűrűző válság különösen nyomasztó Magyarországon, amely a piacgazdasági átmenet elmúlt közel két évtizedében egy külső fundamentum vezérelt rendszert valósított meg. A nyitott piacgazdaságokban a működő- és portfólió-tőke befektetők pénzügyi helyzete igen nagymértékben képes befolyásolni a külső tőkére építő országok gazdasági és társadalmi életét. A napjainkban történő változások értékeléséhez jogászok számára is elengedhetetlen azoknak a forrásmunkáknak a tanulmányozása, amelyek az aktuális gazdasági- és társadalmi folyamatokat átfogó rendszerszemléletben, tudományos igénygel analizálják. Ezek alapos ismerete vezethet el a jogi-igazgatási szakterületek kor követelményeivel lépést tartó fejlődéséhez.

Gondolatok a magyar piacgazdaság státusáról

A „Pénzügypolitikai stratégiák a XXI. század elején”¹ című tanulmánykötet szerzőgárdáját alapvetően az a cél vezérelte, hogy számos felzárkózási nehézséggel küzdő magyar gazdaság monetáris és fiskális trendjeit értékelje, majd a lehetséges elmozdulási pontokat meghatározza, a fejlett gazdasági státus eléréséhez a fejlődés további irányait kijelölje. A teljesség igénye nélkül citált vélemények számbavételével igazolni szeretnénk, hogy a magyar gazdaság elmúlt húsz évben végbement fejlődése – bár jelentős – ám számos belső ellentmondással terhelt.

Boros Imre tanulmányában az 1970-es évektől kezdődően felsorolja azokat a monetáris politikában fellelhető nehézségeket, amelyek a magyar gazdaságot az utóbbi 40 évben végigkísérték. A polgári kormány Phare-ügyekért felelős minisztere kritikusan állapítja meg: „...A demokratikus keretek nem teltek meg kellő jóléti tartalommal. El sem kezdődött a fejlett nyugat-európai országokhoz történő általános jóléti felzárkózás, viszont

elindult a lemaradásunk a kelet-európai új demokráciákkal összehasonlítva...”

Boros Imre gazdaságtörténeti lehangoló konklúziójával lényegében összecseng Augusztinovics Mária professzor (MTA Közgazdasági Intézet) közép-kelet európai társadalombiztosítási reformokról, kiemelten a magyar viszonyokról készített elemzése. „Ezek a reformok megoldottak néhány problémát és létrehoztak egy sereg újat, de nem néztek szembe a jelen és a néhány évtizedes közeljövő alapvető kérdésével, nevezetesen az alulfoglalkoztatottság hatásával az időskori jövedelembiztonságra. (...) A nyugdíjreformáló közép-kelet-európai országok elmulasztották az alkalmat, hogy időskori jövedelembiztonsági rendszerüket a jelen és a jövő legfontosabb problémájához igazítsák.”- olvashatjuk a kritikus megállapításokat. Augusztinovics Mária a nehézséget a járulékfizetők alacsony arányában és az eltartottak dinamikus emelkedésében látja, amely alapján a nyugdíjuttatások pénzügyi fedezetének egyre emelkedő finanszírozhatatlansága állapítható meg, amely hazánkban és néhány fejlett európai uniós tagországban is rendezésre vár.

Petschnig Mária Zita, a Pénzügykutató Rt. főmunkatársának politikai oldaltól független esszéjében a 2001-2005 évek közötti időszak gazdaságpolitikai irányváltásairól olvashatunk. Az összefoglaló táblázatokban fellelhető adatokból látható, hogy a bruttó hazai termék növekedése szárnyalt az említett időszakban. A háztartások fogyasztása 2002-ben 9,7 százalékot, az állóeszköz felhalmozás 9,3 százalékot ért el, de a nettó átlagkereset növekedés is 19,6 százalékos volt, mely kedvező makro-adatok elérésében a Széchenyi Nemzeti Fejlesztési Terv belső piacot élénkítő hatásai és a 2002 őszi közalkalmazotti bérrendezés egyaránt szerepet játszottak. Napjaink közismert adataival összevetve látható, hogy a magyar gazdaság növekedési hajtómotorjai már csak jóval kisebb fordulatszámra képesek (*a recenziót írók megjegyzése*).

A 21. századi lehetséges magyar pénzügyi stratégiákban gondolkodást Veress József professzor tanulmánya vezeti nemzetközi síkra. A Budapesti Műszaki Egyetem Gazdaságtudományi Kar dékánjának szubjektív láttelepe a magyar gazdaságpolitikáról és a globalizáció viszonyairól számos tanulságot vet fel. Veress József a múlt század kilencvenes éveinek második felére teszi a globalizáció totálissá válásának kezdetét. 2006-tól pedig a gazdaságpolitikával közvetlen kapcsolatba hozható tudományos alapú közgazdasági elméletek háttérbe szorulását is kimutatja. A globalizáció természetrajzának leírásán túl a szerző a jelen időszak viszonyairól markáns véleményt fogalmaz meg. „ A magyar gazdaságpolitika még mindig nem azzal a kérdéssel foglalkozik, hogy az Európai Unió milyen Magyarországgal – mint friss, új taggal – szembesüljön. A Közösség Ausztria, Anglia és Svédország esetében eleve tudta a választ. Portugália, Írország, Spanyolország és Görögország esetében pedig az idők során egyre markánsabban megtudta, hiszen a nevezett országok egyéni stratégiája az évek során egyre több és több kézzelfogható eredményt hozott. Az új tagországok stratégia felmutatásában, legalábbis a ma letapintható ismeretek, dokumentumok,

szakelemzések alapján Magyarország a leghalványabbak közé tartozik.” Veress professzor az új világgazdasági rendet, és ebben az új modellben a közgazdasági elméletek értékvesztésének folyamatában – továbblépve az eddigi citált elemzésein – félreérthetetlenül kijelenti, hogy a magyar gazdaságpolitikának új arculatot kell adni. „A magyar gazdaság nagyon sérülékeny, újabb válságok elleni immunitása csekély, a hazai tulajdonosi körhöz tartozó gazdaság teljesítőképessége tíz éve stagnál, termelékenység és eszközellátottsága töredéke a fejlett világban honos értékeknek. Igen érzékenyen szembesülünk az államháztartási reformhoz kapcsolódó dilemmákkal. Hozzá kell látni a halaszthatatlan feladatok megoldásához.”- írja a neves közgazdász.

Újszerű elemeket tartalmaz Novoszáth Péter dolgozata is, hiszen a Dunaújvárosi Főiskola külföldi tőkebefektetésekkel foglalkozó intézetigazgatója a legfrissebb kutatásaival igazolja, hogy „azok a vállalatok, amelyek korábban a fejlődő országokra, mint az olcsó munkaerő kimeríthetetlen forrásaira tekintettek, ma egyre inkább a szakértelem, a szaktudás és új technológiák végeláthatatlan tárházaként kezdik azokat számon tartani”. Aggodalomra adhat okot viszont az a tény, hogy Magyarországon közismerten romlik az oktatás- és a munkaerő egészségi színvonala, amelyek mint új típusú tőkevonzási tényezők a befektetéseket gátolják. A szerkesztő tollából írt fejezetben - „A magyar nemzetgazdaság versenyképességének új típusú tényezői” – mindez bemutatásra kerül.

Botos Katalin közgazdász professzor, pénzügyi intézeteket felügyelő korábbi miniszter tanulmánya a nemzetközi versenyképesség pénzügyi vetületéről szól. Írásából talán a legfontosabb üzenet – napjaik féligazságainak, és zavaros közgazdasági fogalom-értelmezési világában – a közgazdasági kategóriák precíz, tudományos alátámasztása. A professzor többek között a kereskedelmi mérleg passzívumát elemzi a világhatalmi szerepkörben lévő USA és a rendre gyengébb teljesítményeket felmutató Európai Unió vonatkozásában. Az Egyesült Államok kereskedelmi mérlegéről tárgyilagosan írja, hogy bizony passzív, még ha a szolgáltatásokkal együtt nézzük is. „De hát annak jó, akinél az importtöbblet van – reálgazdasági értelemben. Feltéve, hogy a finanszírozás nem komoly akadály. Hiszen az országon belüli kereslettel árubőség áll szemben, s ez az infláció szempontjából kedvező. Az USA tehát kibírja a hiányt.” Az amerikai körülményekkel ezt követően szembeállítja az Európai Unió nyomasztó helyzetét. „Európa nem engedheti meg a hiány luxusát, az euró-övezet csak szerény deficitet termel.” Okként említi, hogy „az euró nemzetközi kereskedelmi valutaszerepe csak lassan erősödik. Botos Katalin gondolatai azonban 2007-ben, az új világgazdasági krízis előtt születtek. Az Amerikai Egyesült Államok gazdasági modellje, fizetési mérlege csak 2007-ig bírta el a növekvő mértékű fogyasztást, amelynek pénzügyi háttere áruvásárlási és jelzálogpiaci hitelekkel, a termékek és szolgáltatások fizikai léte, pedig jelentős mértékben importból származott. A The Economist 2008. novemberében² közölt adataival összevetve Botos Katalin 2007-ben publikált számsorait megállapítható, hogy az amerikai fizetési mérleg hiánya a GDP százalékában az említett időszak 4,6 százalékos értékéről mindössze – bár alacsonyabb GDP teljesítmény mellett – mindössze 0,1

százalékkal nőtt, azonban import többlet finanszírozása most már súlyos problémákat okoz. Végül is Botos Katalin 2007 évelején az Egyesült Államok fizetési- és kereskedelmi mérlegével kapcsolatos fenntartásai 2008 évvégére beigazolódtak.

Noha a dolgozataikat előre nem egyeztető szerzőkről van szó, de lényegében Bod Péter Ákos is az európai valuta értékállóságával és a szabályalapú nemzeti költségvetés aktuális kérdéseivel foglalkozik. „Több ország által használt fizetőeszköz esetén vagy egyetlen meghatározó monetáris hatóság hitelessége áll a közös pénz mögött, vagy több szuverén résztvevő közötti megállapodás szavatolja a megfelelő pénzügyi fegyelmet és a kellő pénzkínálatot.” – írja a Magyar Nemzeti Bank korábbi elnöke.

A professzor az előbbi szituációra az amerikai dollárt említi, ahol csak az Egyesült Államok monetáris hatóságainak van döntési jogköre a pénzkínálat szabályozásainak kérdéskörében, míg a második eset tipikus példája az Európai Unió Maastrichti Szerződése által életre hívott szabályrendszer illetve a fenntarthatóságához szükséges pénzpolitikai mechanizmusrendszer. Nyilván adódik a több szereplős modellből, hogy a résztvevő tagállamok túlköltésére egy fegyelmezett és objektív „pénzügyi infrastruktúrát” kell működtetni (például a részletesen tárgyalt túlzott-hiány és megelőző/kiigazító eljárások rendszerét). Az állami túlköltségek elleni fékek is tárgyalásra kerülnek. „A rendszeres és nagymértékű államháztartási deficitnek gátat vethet a szavazópolgárok józan, a jövőbeli terhekkel számoló anticipációja. Ugyancsak fékként működhet a pénz- és tőkepiac, amely a nagyobb mértékű deficithez a szóban forgó ország szuverén (ország) kockázata növekedését rendelheti.”- írja a szerző. Napjaink valóságát ismerve Bod Péter Ákos hozzáteszi: „...nem lehet biztonsággal arra számítani, hogy az állam túlköltsékezési hajlandóságát akár a választópolgár, akár a piac hatékonyan visszaszorítsa, főleg nem ex ante jelleggel...”. Mindezekben túlmutatóan a nemzeti tagállamok jegybankjainak politikai függetlensége, más tagállamok közvetlen pénzügyi segítségének letiltása (no bail-out system) illetve az új stabilitási paktum jelenthet gátat a túlköltségeknek és segítheti a fegyelmezett pénzügyi politikát.

Kovács Árpád dolgozata a versenyképesség, a fenntartható fejlődés és fenntartható jogállamiság hármas feltételrendszeréről szól. Az Állami Számvevőszék elnöke több évtizedes vezetői tapasztalata alapján írja: „Mind a növekedés, mind a fejlődés magában foglalja, feltételezi, hogy egy gazdaság, egy ország vagy akár egy társadalmi modell versenyképes legyen”. Tehát amikor Kovács Árpád versenyképességről és annak előfeltételeiről értekezik, már nemcsak önmagában annak egy parciális, illetve hagyományos területét (pl. világpiaci-, export-, inputerőforrás-hatékonyság, stb.) említi, hanem a versenyképesség hatótereit komplexitásukban vizsgálja.

A könyv egyik szerzője sem tekinti a fennálló gazdasági-, pénzügy-politikai rendszert megváltoztathatatlanak, sőt jobbító szándékkal erős kritikát fogalmaznak meg. Így a citált gondolatok sorában epilógus is lehet az ÁSZ elnökének mondata: „Meggyőződésem, ha valamiben változtatni

akarunk, legelőbb e gyakorlatot kell meghaladnunk. (...) Úgy kell versenyképessé válni a világ más térségeivel, hogy önmagunk maradunk.”

A magyar tudományos élet vezető közgazdászaitól hivatkozott elemzések véleményünk szerint összeesengenek abban, hogy Magyarország tervgazdasági mechanizmust követő fejlődése bár történelmi léptékű, azonban az eddigi gazdaságpolitika lényeges korrekcióra szorul. A magyar rendszerváltás rendszer specifikus tényezőjévé vált növekvő mértékű költségvetési hiány mellett az államadósság és az üzleti szektor finanszírozhatatlansága 2008 harmadik negyedévére a pénzügyi rendszer működésképtelenségével kísért. A pénzügyi felépítmény új alapokra helyezése óhatatlanul felveti a pénzügyi-jog szabályozási elemeinek újragondolását is, így fontosnak tartjuk áttekinteni azokat a jogi elemeket is, amelyek a pénzügyi szektor stabilizálását segíthetik.

A piacgazdaság jogi védelme

A magyar gazdasági rendszer működésének alfáját és omegáját is a Magyar Köztársaság Alkotmányról szóló 1949. évi XX. törvény képezi. Az Alkotmány általános rendelkezései között a 9.§ rögzíti: Magyarország gazdasága olyan piacgazdaság, amelyben a köztulajdon és a magántulajdon egyenjogú és egyenlő védelemben részesül. Ugyanakkor a vállalkozás joga és a gazdasági versenyszabadság lehetősége is biztosított.

Az Alkotmánybíróság az 1990-es évek elején több határozatában is foglalkozott e szakasszal és többek között megállapította, hogy az Alkotmány nem tulajdonformák között különböztet, hanem ellenkezőleg: a tulajdon bármely formájára nézve éppen diszkrimináció-tilalmat fogalmaz meg.³ Továbbá hangsúlyozta: az Alkotmány 9.§-ából következik, hogy a piacgazdaság plurálisan tagolt tulajdoni szerkezetű piacgazdaság, amely a különböző tulajdonformák egyenrangúságának alkotmányosan elismert és védett elve alapján működik.⁴

Végül azt is egyértelműen rögzítette, hogy az Alkotmány hatálybalépésével a piacgazdaság alkotmányjogilag tényévé vált és program maradt. Ténnyé vált, amennyiben az Alkotmány erejénél fogva hatályosultak mindazon jogok és intézmények, amelyek a piacgazdaság működéséhez szükségesek: az (egyenlően védett) tulajdon, a vállalkozás joga stb. A piacgazdaság fenntartása és védelme egyben folyamatos alkotmányos feladat is, amelyet egyrészt a gazdasági versenynek az Alkotmányban előírt támogatásával, de mindenek előtt az egyes alapjogok érvényesítésével és védelmével lehet és kell az államnak megvalósítania.⁵

A piacgazdaság működésének irányait ilymódon az Alkotmánybíróság kijelölte, melyben magának és az államnak is komoly feladatot határozott meg. Az állam a gazdasági jogok érvényesítését és védelmét a pénzügyi szabályok útján rendezzi és valósítja meg.

A pénzügyi jogi szabályok összességét, a pénzügyi jogot a közjogi-magánjogi felosztás tekintve, nem vitásan a közjog körébe sorolja a szakirodalom.⁶

A pénzügyi jog felosztható a törvények által szabályozott azonos tárgyú jogviszonyok alapján, melynek értelmében beszélhetünk számviteli jogról,

államháztartási jogról, közbevételek jogáról, nemzetközi pénzügyi jogról, a monetáris irányítás pénzügyi jogáról valamint a devizajogról.⁷ Ismert emellett egy ettől, a pozitív jog szerinti csoportosítástól, eltérő elhatárolási mód is, mely az alanyok szerinti rendszerezést veszi alapul. Ennek megfelelően léteznek: az államháztartás pénzügyeinek joga, a vállalkozások pénzügyeinek joga, a magánszemélyek pénzügyeinek joga, az egyesülési jog alapján működő szervezetek pénzügyi joga valamint a nemzetközi pénzügyek joga.⁸

A pénzügyi jog belső tagozódása e szabályozási tárgy sokrétűségét bizonyítja, melyet tovább színesít a pénzügyjog más jogterületekkel való viszonyrendszere.

A közjogi jelleg dominanciája napjainkban is meghatározó ismérve a pénzügyi jognak, azonban egyre gyakrabban jelennek meg magánjogi szabályozások, melyek erodálják e közjogi jelleget.

Ez a tendencia tetten érhető a pénzügyi jog más jogágakhoz való kapcsolatában is. A pénzügyjog elvitathatatlanul kapcsolatot mutat a közigazgatási joggal, az alkotmányjoggal, a polgári joggal, a nemzetközi joggal. A polgári jogra jellemző, hogy az egymással mellérendeltségi pozícióban lévő személyek közötti vagyoni és személyi viszonyokat szabályozza. A polgári jogi szabályok alapvetően diszpozitívak.

Ezzel szemben a pénzügyi jog területén a felek közötti alá-fölé rendeltség a meghatározó, míg a szabályok jellegüket tekintve kógens, imperatív szabályok.

A pénzügyi jog alanya egy értékpapír vásárlás során egyaránt érintett a pénzügyi jog és a polgári jog szabályai által. Ugyancsak egyszerre van jelen a pénzügyjog a bankjog, a külföldi befektetések vagy a privatizáció során. Ez a folyamat a jelenlegi hitelpiaci válság során még szembetűnőbbé válik azáltal, hogy az állam és annak polgárai egyaránt érintettek a pénzügyi folyamatokban, hiszen azok főszereplői. A válság lehetséges veszélyeinek kiküszöbölése, illetve elkerülése érdekében ezért elengedhetetlen az államháztartási és a monetáris irányítás pénzügyi jogát, annak egyes jogintézményeit e tekintetben felülvizsgálni és a szükséges módosításokat elvégezni.⁹ Ezzel párhuzamosan a magánszemélyek hitelviszonyainak védelme érdekében is szükségesek a magánjog szabályainak megfelelő áttekintése, módosítása. Ezen többirányú feladat az Alkotmány 9.§-ből és az ismertetett alkotmánybírói határozatokból egyértelműen kötelezi és terheli az államot.¹⁰

A gazdasági jogok védelmének nemzetközi és hazai szinten egyaránt sok jogszabály igyekszik maradéktalanul eleget tenni. A rendszerváltozást közvetlenül megelőző és azt követő időszakban kerültek megalkotásra a pénzügyi jog alapvető törvényei, melyek közül csak néhány a teljesség igénye nélkül: az Állami Számvevőszék felállításáról szóló törvény, az államháztartási törvény, az illeték törvény és az egyes adójogi jogszabályok, a társadalombiztosítás pénzügyi alapjairól szóló törvény, az értékpapírtörvény, pénzügyi törvény, csődtörvény, számviteli törvény.

A pénzügyi jog és a gazdasági jogok megfelelő működéséhez és érvényesítéséhez szükséges jogszabályok megvannak, így a lehetséges megoldások nem szűkülnek le újabb jogszabályok elfogadására. A mennyiségi jogalkotás helyett, amely 1990-től kezdődően jellemzi hazánkat¹¹, elsősorban a meglévő jogintézmények maradéktalan

végrehajtása valamint azok hatályosulásának rendszeres vizsgálata szükséges. Újabb jogszabályok megalkotására csak az adott helyzetet minden részletében feltáró hatásvizsgálat¹² elvégzését követően kerülhet sor és csak akkor, ha a várt eredmény egyéb módon nem valósítható meg.¹³

A pénzügyi rendszer instabilitásának néhány problémája

Dolgozatunk első részében tételesen citált közgazdász szakértői véleményekkel igyekeztünk rámutatni arra, hogy a világ pénzügyi rendszerét, de főleg Magyarországot, számos probléma terhelve a másodlagos jelzálogpiaci válság kirobbanásáig is. Ugyanakkor, mint minden piacgazdaságban, így hazánkban is a pénzügyi rendszer stabilitását az alaptörvény, és alárendelt jogszabályok, intézmények megfelelően biztosítják elvi szinten. Továbbá gondolataink fő kérdésköre, hogy a hitelpiaci válság kezelésére új szabályozási elemeket kell kidolgozni, vagy a meglévő szabályokat következetesebben betartatni.

A 2008 novemberében megtartott G20-as csúcstalálkozón a világ legfejlettebb országai középtávú intézkedési tervet fogadtak el a válság leküzdésére, melynek keretében szabályozni fogják a hitelminősítő intézetek működését. Szakmai vélemények ugyanis egyértelműen arra utalnak, hogy a jelzálogválság kezdetétől a minősítők tévedtek az előrejelzéseikben. A három nagy hitelminősítő cég, a Moody's, a Fitch és a Standard and Poor's nem tudták megfelelően előrejelezni a válságot. A jelzáloghitelekre alapozott értékpapírokat (CDO) és az úgynevezett csereüzleteket (CDS) ugyanis ezek a cégek az utolsó pillanatokig a legjobb osztályzatokkal látták el. Vagyis a bankok nem kezdtek preventív műveletekbe az időközben értéktelen papírhalmokká vált jelzálogkötvényekkel, hiszen a hitelminősítők szerint ezek kiváló befektetések voltak. Több másodrendű besorolású jelzálogadós vált fizetésképtelenné és az ő törlesztéseikre alapozott értékpapír piaca összeomlott. Mindez elkerülte a hitelminősítők figyelmét, amelyek kvázi közfeladatokat látnak el, amikor a bankok, brókercégek és más befektetők számára osztályozzák a kötvényeket, részvényeket és más értékpapírokat, így a kibocsátott állampapírokat, ország-kockázatokat is. A hitelminősítők szerepe az Egyesült Államokban kiemelt jelentőségű, hiszen az amerikai tőzsdefelügyelet (SEC) közel négy évtizeddel ezelőtt megelégette a brókercégek nem kellően alapos munkáját és gyakorlatilag egyfajta ellenőrző szervvé tette a Fitchet, a Moody-st és a S&P-t. Az amerikai bankok problémái a SEC befolyását is csökkentették, hiszen a legnagyobb befektetési bankok vagy megszűntek, vagy felvásárolták őket, vagy átalakultak kereskedelmi bankokká, és így a SEC fennhatósága alól a jegybank szerepét betöltő Fed hatáskörébe kerültek át. A hitelminősítők nem körültekintő munkáját alapvetően befolyásolhatta az az érdekkonfliktus, amely a céljaikból és a finanszírozási modelljükből következik. A hitelminősítők ugyanis azoktól a cégektől kapnak pénzt, amelyeket osztályoznak. Így érdekeltté válhattak a minél jobb vállalati besorolás adásában, amelyet aztán éppen a jó hitelminősítés alapján lehetett jól eladni a befektetőknek. Az Egyesült Államokban a tavalyi év közepéig a tőzsdék jól teljesítettek, így az amerikai kongresszus nem tudott elég

befolyást gyakorolni a SEC-re, hogy a hitelminősítők munkáját jobban kontrollálja. A hitelminősítők aggályos tevékenysége azonban nem csak az Egyesült Államok gazdaságára, hanem a globális gazdaságra is hatást gyakorolt az európai és ázsiai piaci szereplők papírjainak értékelésén keresztül.

A másodlagos jelzálogpiaci válságot elsődlegesen fundamentális gazdasági okokra vezethető vissza. Ám a hitelminősítők ellentmondásos tevékenysége, a szabályozás átgondolatlansága, és a hitelminősítés felületes kezelése megfosztotta az amerikai monetáris és fiskális politikát a válságot fékező lépések időbeni megtételétől. Bár erre a problémára Losonczi Miklós úgy reagál, hogy „... a Minsky-modellnél kevésbé átfogó igényű magyarázat szerint a válság mindenekelőtt a Fed laza monetáris politikájára vezethető vissza, azaz szubjektív jellegű”.¹⁴

Az elemzői vélemények többsége szerint az Amerikai Egyesült Államokban kialakuló hitelpiaci válság az európai térségbe „begyűrűzött”. A szakcikk szerzői ugyan vitatják a „begyűrűzési-effektus” kizárólagosságát, mert az európai piacgazdaságok is lényegében ugyanazt a túlfűtött hitelezési gyakorlatot folytatták, mint az Egyesült Államok, így a következmények az amerikai eseményektől függetlenül is bekövetkezhetnek volna az európai térségben. Főleg Magyarországon, ahol az államháztartási pénzügyi rendszer stabilitása és a fiskális politika helyzete évek óta problémás.¹⁵ A szabályozási-monitoring anomáliák bizonyítása végett elfogadjuk a többségi teória helyességét, a figyelmet kiemelten e terület fontosságára irányítjuk.

Az Európai Unió – melynek szabályozási mechanizmusában Magyarország is részes – a pénzügyi területre nagyon részletes szabályrendszert dolgozott ki. Ezek direktívákban, rendeletekben vagy ajánlásokban kerülnek elfogadásra. Már az 1970-es években megkezdődtek azok a munkálatok, amelyek egy közös szabályrendszer kidolgozását célozták meg. Ez a követelményrendszer nemcsak a legalapvetőbb normákat tartalmazza, hanem gyakran olyan mélységig szabályozza a hitelintézetek tevékenységét, amelyek már nem is törvényekben, hanem kormány- vagy pénzügyminisztériumi rendeletekben, illetve ahol arra lehetőség van, felügyeleti rendelkezésekben jelennek meg.¹⁶

Terjedelmi korlátok miatt a fentiek részletes áttekintése helyett, rögtön a legkardinálisabb, és a pénzügyi biztonságot legkonkrétabban szabályozó illetve szavatoló intézményre, a pénzügyi stabilitásra és a stabilitás koordinálására hivatott magyar normagyakorlatra térünk ki.

Unió elvárás, hogy a pénzügyi stabilitás biztosítása egy országban nem csak a monetáris politikáért felelős jegybank hatásköre, hanem abban tevékenyen részt kell vennie más államigazgatási szerveknek is, sőt szerepet kell vállalnia egyéb, piaci illetve önkéntes alapon szerveződő intézményeknek is. A pénzügyi stabilitás szempontjából a Magyar Nemzeti Bankon kívül Magyarországon kiemelkedő felelősséggel bír az egzakt ellenőrző hatáskörrel és erre a feladatára specializálódott menedzsmenttel rendelkező Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyelete (PSZÁF), illetve a

mindenekelőtt az ország fiskális politikájával foglalkozó Pénzügyminisztérium (PM). A szabályozás hatékonysága és az együttműködés feltételeinek egzakt kialakítása érdekében a három intézmény 2004. szeptember 8-án együttműködési megállapodást kötött¹⁷, amelynek főbb alapelvei a következők: együttműködés, átláthatóság, hatékonyság és információcsere. A három intézmény célja közös, nevezetesen a pénzügyi rendszer stabilitása, de a funkciók különbözőek, így megközelítéseikben is eltérőek lehetnek. Összhatásaiban így a teljeskörűség biztosított kell, hogy legyen. A három intézmény a hatékony koordináció érdekében létrehozta a Pénzügyi Stabilitási Bizottságot, amely egy konzultatív fórum, ahol a pénzügyi rendszer stabilitásával kapcsolatos szakmai kérdések kerülnek megvitatásra. Kiemelt szerepet kap a monetáris, a fiskális és az ellenőrző hatóság együttműködésében a banki és nem banki pénzügyi közvetítők elemzése, szabályozása, ellenőrzés és fejlődési trendjei szempontjából releváns kérdések áttekintése illetve a pénzügyi közvetítő rendszer szereplői körében végzett felügyeleti és jegybanki ellenőrzések tapasztalatainak áttekintése. Az amerikai piacokról elindult válság Nagy-Britanniában már 2007 augusztusában érezte hatását. A brit kormány megmentette a csődtől a Northern Rock közepméretű jelzálogpiaci bankot, bár angol források¹⁸ a bank túlfűtött hitelezési gyakorlatát is alapos okként jelölik meg a krízis bekövetkezésében. 2008 novemberében a Royal Bank of Scotland-ot is állami tulajdonba vette a brit kormány az ország pénzügyi stabilitásának biztosítása érdekében. A hitelpiaci-válság a kontinentális banki gyakorlatot folytató nyugat-európai országokat is elérte 2008 első félévének végére. A magyar kormány és a jegybank vezetői ugyanakkor még 2008 októberének közepén is azt prognosztizálták, hogy a válság Magyarországot nem, illetve nem jelentős mértékben érinti. Mindezek felvetik, hogy a törvényi, szabályozási mechanizmusokkal, és a stabilitást elemző-prognosztizáló feladatkörrel felruházott magyar jegybanki, fiskális és pénzügyi ellenőrző hatóságok a pénzügyi stabilitási egyezményből fakadó funkciójuknak nem a megfelelő módon tettek eleget. A hitelpiacok, a hitelpiaci szereplők működését, és tevékenységükre befolyást gyakorló elemek minősítését, és a belőlük fakadó kockázatokat ugyanúgy nem az elvárható gondossággal kezelték, értékelték, vagyis hasonlóan, mint az Egyesült Államok monetáris, fiskális és felügyeleti hatóságai. A globális jelleget öltő, nem következetes ellenőrzési mechanizmus javítása így elemi erővel merül fel nemzetközi szinten. A pénzügyi stabilitás elsődlegesen nem új monetáris, fiskális és ellenőrző hatóságok révén garantálható, hanem a meglévő szabályozási elemek korrekt formában történő betartásával. A nem következetesen alkalmazott felügyeleti és, pénzügyi stabilitást felügyelő intézkedések a hitelpiaci válság veszteségeit és a válság lefutási idejét megnövelik. A monetáris, fiskális, és ellenőrzési funkciók áttekintésére – főleg az amerikai piacokon - nyilvánvalóan szükség van, ám a hatályban lévő szabályozás következetes betartása a kialakuló válságot enyhítette, illetve lokalizálhatta volna. A magyar pénzügyi stabilitást garantálni hivatott együttműködési rendszer hatékony működéséhez, főleg a pénzügyi-stabilitási folyamatok előrejelzéséhez a jogi leszabályozás, és technikai feltételrendszer adott volt, ám a gyakorlatban nem működött megfelelően, jogkörök betartására nem fordítottak megfelelő figyelmet.

A szabályozás prudens működést biztosító mechanizmusainak eddigi elégtelensége reakciókat vált ki a jogtudományok más szakterületein is az elkövetkezendő időszakban. A hitelpiaci válság hatásai elérték a reálgazdaságot is, amelynek következtében a vállalkozások csőd-felszámolási eljárásainak emelkedése, ennek folytán az alkalmazottak munkajogi problémái, a magánszemélyek csődvédelmének kezelése, és nem utolsósorban a nem megfelelő gazdálkodási körülmények polgárjogi és büntetőjogi esetei várhatóan nagy tömegben kerülnek majd a jogalkalmazók asztalára. Végső soron a piacgazdaság- és a társadalom védelme, a felügyeleti ellenőrzés hatékonyságának javítása állami feladat. A védelmi mechanizmusok az állam gazdaságszervező szerepének előtérbe kerülését váltja ki, ugyanúgy, mint az akut válság veszélyeinek elhárítása.

Összefoglalás, ajánlás

A „Pénzügypolitikai stratégiák a XXI. század elején” című gazdaságtudományi könyvhöz írt recenziókkal a magyar pénzügyi rendszer hitelválság előtti, mondhatni a hitelválsághoz vezető anomáliáit írtuk le, amely a gyakorló és elméleti jogászok részére egyaránt megfelelő alapismereteket biztosíthat a gazdaság működéséről. Továbbá gondolatainkban kifejtettük, hogy a pénzügyi rendszer stabilitásának biztosítása állami feladat. A fundamentális gazdasági okokra való részletes kitérés nélkül bemutattuk, hogy mind az Egyesült Államokban, mind hazánkban a hitelválság előtérbe kerülését nem a jogi szabályozó eszközök hiánya, hanem azok gyenge hatásfokú érvényesülése okozta. A monetáris, fiskális és ellenőrző hatóságok működésének nem kellő hatékonysága a válság elterjedéséhez, és hatásainak késői felismeréséhez vezetett.

A szerzők: Dr. Boros Anita EU szakjogász (dr.borosanita@gmail.com),
Dr. habil. Lentner Csaba MTA Jövőkutató Bizottság tagja
(dr.lentnercsaba@gmail.com)

¹ Lentner Csaba (szerk.): Pénzügypolitikai stratégiák a XXI. század elején Akadémiai Kiadó, Bp., 2007.

² Redesigning Global Finance, The Economist, November 19-25st 2008

³ 21/1990.(X.4.) AB határozat ABH 1990.81

⁴ 59/1991.(XI.19.) AB határozat ABH 1991.296

⁵ 21/1994.(IV.16.) AB határozat ABH 1994.120

⁶ Nincs azonban teljes egyetértés az egyes szerzők között atekintetben, hogy a pénzügyi jog önálló jogág vagy jogterület.

⁷ Földes Gábor (szerk.): Pénzügyi jog Osiris Kiadó, Bp., 2002. 33-35. oldal

⁸ Jakab András-Takács Péter (szerk.): A magyar jogrendszer átalakulása 1985/1990-2005 ELTEÁJK, Bp., 2007. In: Erdős Éva: Gondolatok a pénzügyi jog jogági fejlődéséről 826. oldal

⁹ Lásd: a takarékos állami gazdálkodásról és a költségvetési felelősségről szóló 2008. évi LXXV. törvényt

¹⁰ A gazdasági környezet feltételrendszerének jelentős változása természetesen reflexiókat vált ki a jogi szabályozás területén is, azonban a már hivatkozott alkotmánybírósági határozatnak megfelelően a piacgazdaság fenntartása és védelme folyamatos állami feladat.

¹¹ Lásd: Igazságügyi Minisztérium Jogalkotási adatok – 2005. 5. oldal

http://irm.gov.hu/download/jogstat2005_final4/pdf/jogstat2005_final4.pdf

¹² A jogszabályok hatályosulásának vizsgálata mellett az adott jogviszonyt megalapozó szakmai hatásvizsgálat is elengedhetetlen. Lásd: 2008. évi LXXXV. törvény 5.§-t, mely a jogszabályok előkészítése során előzetes költségvetési hatásvizsgálat elvégzését írja elő.

¹³ Az új jogi konstrukciók bevezetése előtt azonban elengedhetetlen a jogszabályalkotás minőségének javítása.

¹⁴ Losoncz Miklós: Az amerikai hitelválság és világgazdasági következményei, Pénzügyi Szemle, Budapest, ÁSZ, 2008. 248-264. oldal

¹⁵ Lentner Csaba: A pénzügypolitikai stratégiaváltás kényszere In: Tanulmánykötet Báger Gusztáv tiszteletére, Bp. Állami Számvevőszék, 2008. 191-200. oldal

¹⁶ Lentner Csaba (szerk.): Pénzpiacok szabályozása Magyarországon, Akadémiai Kiadó, Bp. 2006.

¹⁷ Lentner Csaba (szerk.): Pénzpiacok szabályozása Magyarországon, Akadémiai Kiadó, Bp. 2006. 306-309. oldal

¹⁸ The Times, UK 2007.augusztus – 2008. október

Fehér Lóránt
Elek Balázs: A vadászszenvedély bűncselekményei. Vadászbalesetek,
vadorzás, vadvédelem

(Budapest, Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, 2008)

Nem száraz szakkönyv – amitől az olvasó a címet látva tarthatna –, hanem érdekesítő, izgalmas olvasmány. A szerző minden nagy fejezet elé irodalmi idézetet helyezett el, ami nem csupán mutatja a szerző ilyen irányú műveltségét, hanem felhívja az olvasó figyelmét, hogy már eleink is szívükön viselték természeti környezetük alakulását és védelmét. Az esetismertetések roppant tanulságosak és az adott részhez vonatkozó jogszabályok bemutatását, illetve jobb megértését szolgálják. A gyakorlati eligazodást segíti az, hogy az adott fejezethez tartozó jogszabályok a fejezet elején más betűtípusból ismertetésre kerülnek. A szerző a szövegben néhány helyen rávilágít egy adott probléma jogi megoldásának joghézagaira és esetleges ellentmondásaira is.

Az *1. fejezet* bepillantást enged abba a ténybe, hogy az igazi vadászat egyike a legősibb életformának és egyben szenvedélynek is, ám nem egyenlőtlen küzdelem az ember javára. A vadászat egy formája a természet erőivel való megküzdésnek. A vadászszenvedély akkor válik bünt elősegítő vagy előidéző tényezővé, ha az elkövető nem hajlandó alávetni magát a vadászathoz kapcsolódó társadalmi, természetvédelmi, balesetmegelőző írott és íratlan szabályoknak.

A *2. fejezet* a vadászathoz kapcsolódó általános büntetőjogi ismereteket foglalja össze. Megismerteti a nem jogász végzettségű, ám a vadászszenvedélynek hódoló olvasót a bűncselekmény és a szabálysértés fogalmakkal, példával illusztrálja – az állatkínzás kapcsán – azt a társadalmi szemléletváltozást, amelynek köszönhetően a korábban szabálysértésként szereplő tényállást bűncselekménnyé minősítette a jogalkotó. Tisztázza mi az a történeti tényállás és a törvényi tényállás. Ismerteti továbbá az alaptényállást, valamint a privilegizáló, vagy esetleg minősítő körülmények okait, indokait. Hangsúlyozza, hogy bűncselekmények aktív és passzív (mulasztási) magatartással is megvalósíthatóak. A következő fogalmak a bűncselekményi egység és a bűnhalmazat. Ezeket vadásztársaság sérelmére elkövetett lopásokkal illusztrálja. A bűncselekmény elkövetője megvalósíthatja a bűncselekményt szándékosan vagy gondatlanságból (pl. gombát gyűjtő nénit vaddisznónak nézve halálosan megsebesítik). Végigvezeti az olvasót, hogy az önálló tettes, a társtettes, a bűnsegéd, illetve a felbujtó valamint a csoportos elkövetéshez kapcsolódóan a bűnszövetség, a bűnszervezet, illetve a terrorista csoport ismervein. Ezt követően a büntetőjogi jogkövetkezmények tana rész következik, melyben a szerző ismerteti mi a büntetés célja, melyek a fő-, illetve mellékbüntetések, pl. elkobzás a vadászattal összefüggésben elkövetett bűncselekményeknél, vagy lőfegyver lefoglalása. Ezt követően kitér a vadászok és fegyvertartási engedéllyel rendelkezők rehabilitációjára. Fontos kérdés a vadorzókkal szembeni jogszerű fellépés mikéntje, vagyis mikor mi a megfelelő. Mi a teendő fegyveres orvvadász tettenérésekor? Mit tart a törvény jogos védelmi helyzetnek? Mikor fenyegető a támadás? Mi az, hogy kitérés kötelezettség? Milyen elhárító cselekmény a hatásos? Mikor jogszerű a lőfegyver használata? Mit tart a bírói gyakorlat a védekezés arányosságának? Mi a teendő több személy együttes jogtalan támadása esetén? A válaszok természetesen speciálisak, mivel a bűncselekmény helyszíne nem a nagyvárosi közeg, hanem erdő, mező s egyéb lakatlan terület, ahol mind a védekezés, mind az esetleges segítségnyújtás nagyon távoli is lehet. A felmerült kérdésekre adott válaszokhoz tanulságos esetismertetések társulnak. Olyan téma is felvetődik, hogy a vádlottak padjára hivatásos vadász kerül. A következőkben a hivatásos vadász, mint közfeladatot ellátó személy elleni fellépés megítéléséről olvashatunk. Mi a hivatásos vadász kötelessége a szolgálati idő alatt, illetve azon túl? Mi a teendő, ha a hivatásos vadász alkoholos

befolyásoltság alatt cselekszik? Mi a bírói gyakorlat, ha a megtámadott hivatásos vadász mellé segítségül nem hivatalos személy csatlakozik? A fejezet azzal zárul, hogy mind a társadalom, mind a bírói gyakorlat fokozottabb ismereteket vár el egy-egy foglalkozás képviselőitől, pl. a vadászoktól (ide tartoznak a sportvadászok is), akik a tevékenységüket érintő ismeretekből vizsgát is tettek, így vélhetőleg a szabályokkal is tisztában vannak.

A 3. fejezet a vadászbalesetek büntetőjogi megítélésével foglalkozik, öt alfejezetből áll. Egy kis történelmi visszapillantás után csoportosítja a vadászbalesetek okait. Ezek lehetnek külsők (a sértett vadászati szabályszegése, rossz látási és időjárási viszonyok, a vadrejtők elhagyatottsága, vadászszervezési hibák, véletlen lövedékgurulat, rejtett műszaki hiba stb.), továbbá személyi okok (pl. alkohol, illetve tiltott szerek hatása alatti cselekvés, az érzékelés tévedései – lesvadászat, alkony, életre kelő hegyoldal, esti cserkelés –, túlzott vadászláz). Nagyon fontos tény hangsúlyoz, miszerint a vadászatban nincs kis és nagy szabályszegés, hiszen a legkisebb szabályszegés is balesethez vezethet, aminek a megítélése már a bírói gyakorlat asztala (gondatlanságból elkövetett emberölés, testi sértés, a hanyagság ténye és következményei stb.). A foglalkozás körében elkövetett gondatlan veszélyeztetés részben pontosan definiálja, hogy egy vadászat alkalmával kinek, pl. társas vadászat esetén a vadászatvezetőnek és a hajtónak, mi a kötelessége a vadászlőfegyver használata és kezelése során, hogyan kell bánni a nem hivatásos „vendégekkel”, kísérekkel, mit tartalmaz a hajtástérkép. Ezt követően leírja, melyek lehetnek a vadásztársaságok házi szabályai, mit kell tartalmaznia a vadászati naplónak, és hogyan kell eljárni az esetleges balesetek észlelésekor. Kitér még a vadászetika és vadászmorál kérdéseire is, a lövésleadás módjára, a lőállások helyére, a sebzett vagy elejtett vad megközelítésére, továbbá tisztázza, hogy milyen eltérések lehetnek a különböző méretű és életterű vadra (szarvas, vaddisznó, róka, vízi szárnyasok stb.) történő vadászata során. Ezt követi a vadászbalesetek okainak felsorolása gyakoriság szerint, továbbá elgondolkodtató esetismertetések (pl. el nem zárt lőfegyver, vaddisznónak nézett hivatásos vadász lelövése).

Foglalkozás körében elkövetett szándékos veszélyeztetés alcímű rész következik, melynek megítéléséhez példákat hoz fel: fatolvajok tettenérésekor a terhelt a fatolvaj lába elé lő vagy lövöldözés történik a szőlőhegyen, vagy lövöldözik a mezőörként dolgozó terhelt. A fejezetet a segítségnyújtás elmulasztása rész zárja, melyben pontosan leírja, mi a teendő a foglalkozás körében elkövetett gondatlan vagy szándékos veszélyeztetés során sérülést szenvedett személlyel és az elkövetővel a helyszínen.

A 4. fejezet a vadászathoz és az orvvadászathoz kapcsolódó büncselekményekkel és szabálysértésekkel foglalkozik, tizenkét alfejezetből áll. Először is definiálja az orvvadászat fogalmát, s próbál belevilágítani az orvvadász agyába. Megfogalmazza, hogyan kapcsolódik a vadászat a korszerű vadgazdálkodáshoz, miért káros a természetre, a társadalomra az orvvadászok tevékenysége. Az orvvadászathoz kapcsolatosan fontos tudni, melyek a legális és tiltott vadászati eszközök és vadászati módok s miért. Ezt követi az állatkínzással foglalkozó rész, ebben nem csupán arról ír, hogy nem járhat kínzással a vadállatok befogása, elejtése, hanem arról is, hogy mennyire fontos a háziállatok humánus tartása, s az, hogy gerinces állat életének a kioltása (történjen bármilyen okból is) kizárólag kábítás után történhet. Vadászterületen nemcsak vadászskutyák, hanem póráz nélküli házörző kutyák is kóborolhatnak, mi ekkor a teendő? Miért károsak a házimacsák feltűnése a természetvédelmi területeken, hogyan lehet és kell megvédeni tőlük a védett fajokat. A fejezet harmadik része a tiltott állatviadalk szervezéséről szól. Ebben az esetben az elkövető nem maga bántalmazza az állatot, hanem a feltételeit teremti meg annak, hogy egy másik állat tegye ezt. A szerző itt kitér a bűnsegédi magatartás fogalmára is, ami jelenti az állatviadal céljára való tartást, tenyésztést, kiképzést, idomítást és forgalmazást egyaránt.

Ide kapcsolódik a vadászetika és az állatvédelem által megkívánt közös cél bemutatása, miszerint a vadász a vadat csak hajtsa fel, és a vadat elejtő ember elé terelje a vadon élő

állatot, de ne gyilkolja le. Kutyaszerető olvasóknak is érdekes, hogy a vadászati tradíciók során a különböző országokban milyen fajta kutyát, milyen vadászati tevékenységre tanítottak, illetve tanítanak. A vizslák a szárnyasvad vadászatában, a véregek a sérült vad megállításában segítenek, a terrierek szemrevétel után hajtják és támadják a disznót, a tacsókók viszont orral keresik meg a friss vaddisznócsapást, s kellő távolságból követik csaholva őket. A vadászkutyák gondos betanításánál nagyon fontos, hogy pl. a vizsla a lelőtt nyulat ne egye meg, hanem csak apportírozza. Érdekes, hogy pl. az Angliában vadászkutyaként elfogadott néhány fajta (pl. az angol kopó), nálunk a jogszabály szerint nem lehet vadászkutya, csak kedvtelésből tartott eb. A fejezet negyedik része a jogosulatlan vadászat szabálysértéseit taglalja. Ide tartozik a vadászati idény, a vadászati kíméleti terület definíciója, a vadászati tilalmi idő megszegése.

A lopással foglalkozó ötödik rész egyik eleme, hogy a vad az állam tulajdonában van, de a vadászterületen elejtett, elhullott vagy elfogott vad már a vadászatra jogosult tulajdonába kerül. Nem volt egységes a bírói gyakorlat azon tekintetben, hogy a jogosulatlan vadászzal elkövetett lopás sértettjének a vad tulajdonosa a magyar állam, vagy a vad elejtésével tulajdont szerző vadászatra jogosult tekinthető-e, mivel nem mindegy, hogy kit illetnek meg a sértett jogosultságai, illetve ki érvényesítheti a kárigényét az elkövetővel szemben. A megítélést a fejezet részletezi, kitérve a tolvaj által felhasznált tiltott eszközökre, az eltulajdonított állat értékére, a lopás súlyosságára, folytatóságára, továbbá arra, hogy az elkövetés egyedül vagy bünszövetségben történt-e. Ide tartozó fogalom még a krotális (azonosítójel) használata, mely az elejtett vad megjelölésére szolgál. Egy adott évben az éves vadgazdálkodási tervben meghatározott darabszámú azonosítót kap a vadászatra jogosult, amit a nagyvad elejtésekor azonnal, a meghatározott testrészeire fel kell helyezni, és szállítani is csak így szabad. Ha az elejtett vadon nincs krotália, az bizonyíthatja a bűncselekmény elkövetését, de nem jelent megdönthetetlen vélelmet.

A fejezet hatodik része a rongálást tárgyalja, melynek mértékét befolyásolja az okozott kár nagysága, a végrehajtás módja és a felhasznált eszköz veszélyessége. A fejezet hetedik része a rablásról szól, melynél fontos tényező a tettenérés, erről a 2. fejezetben is bőven olvashatunk. A szerző e fejezet nyolcadik részében az orgazdaságról, a kilencedik részben pedig a bűnpártolásról ír. Ezt követi a fejezet tizedik része, a visszaélés lőfegyverrel vagy lőszerrel. Ebben a részben pontosan definiálja a lőfegyver, a légfegyver, a lőszer, a lőszeralkatrész stb. fogalmakat, mert a bűncselekmény megítéléséhez ezek alapvetően szükségesek. Az esetismertetések (pl. orvvadászatra átengedett lőfegyver, mezőőrtől elvett szolgálati lőfegyver, hivatásos vadász által talált lőfegyver) ebben a fejezetben is roppant érdekesek és tanulságosak. A következő rész a természetkárosítást taglalja, melyben megfogalmazza, hogyan kell(ene) gondolkodni a kulturált természethasználatról, a természetközeli gazdálkodásról. Ismerteti a természetkárosítás tényállását, s példákat hoz fel a fokozottan védett növény-, illetve állatfajokat ért természetkárosítás eseteiből. A negyedik fejezet utolsó része a természetvédelmi szabálysértést tárgyalja röviden, tömören.

A könyv 5. fejezete az Utószó, melyben a szerző összefoglalja, miért is ragadott tollat e mű megírásához. A 6. fejezet a bőséges Irodalom-, a 7. fejezet pedig a Rövidítésjegyzék, mely remekül segíti az olvasót, a leggyakrabban használt rövidítések eligazodásában.

Annak ellenére, hogy a könyvben jogszabályok kerülnek ismertetésre, a szerzőnek sikerült megtalálnia a könyv dinamikus olvasásához, az érdeklődés, mi több a kíváncsiság fenntartásához szükséges stílust és szakmaiság közötti egyensúlyt. Összességében egy, a természetet szerető-féltő és a témához kapcsolódó jogszabályokat széles körben ismerő, és elterjeszteni kívánó szerző kitűnő művét olvashatja az, aki jelen művet a kezébe veszi. A dekoratív kivitel és a vadászathoz szorosan kötődő tartalom miatt kiváló ajándék lehet a vadászat szenvedélyének már vagy a jövőben hódolni kívánók számára.

FILÓ MIHÁLY

A jogi tárgy jelentősége a sértetti beleegyezés dogmatikájában

1. A sértetti akarat a büntetőjogban

Hazai büntetőjogunk a sértett beleegyezéséről szűkszavúan, kizárólag a Különös Rész egyes tényállásaiban rendelkezik. A jogelv dogmatikáját a joggyakorlat és a tudomány munkálta ki. *A volenti non fit iniuria* eszméje - mint jogellenességet vagy tényállásszerűséget kizáró ok - azonban nem pusztán büntetőjog-dogmatikai problémákat vet fel. A sértetti akarat elismerése az alkotmányos alapjogokból vezethető le és a jogközösség alapvető döntését jelenti az állam és a polgár közötti viszonyban.¹ Nem véletlen, hogy **Kant** főműve, *Az erkölcsök metafizikája* a jogtan általános részét a következő mondattal vezeti be: "A jogilag-enyém (*meum iuris*) az, amivel úgy össze vagyok kapcsolva, hogy ha beleegyezésem nélkül valaki más kívánná használni, az sértene engem."² Nem egyszerűen egy avított, bizonytalan eredetű regulán alapuló jogintézményről van szó, hanem az igazságosság egyik lényegi princípiumáról, amely szükségszerűen tart igényt a jogállami büntetőjog érdeklődésére.

Pedig első pillantásra a beleegyezés idegen a büntetőjog természetétől.

Egyrészt a büntetőjogban - tekintettel a jogág közjogi jellegére - a norma címzettje alapvetően hierarchikus, alávetett viszonyban áll az államhatalommal, szemben az individuumok diszpozíciós szabadságán alapuló magánjoggal. Másrészt, a büntetőjog-tudományban - **Binding** óta - a sértett fogalmának vizsgálata háttérbe szorult. A klasszikus dogmatika a bűncselekmény lényegét abban látta, hogy az jogi tárgyat sért, ennek megfelelően a büntetőjog feladatát is a jogi tárgy védelmében találta meg.

A kijelentés, hogy a bűncselekmény jogi tárgyat sért vagy veszélyeztet, egyaránt implikál deskriptív és normatív elemeket.³

Normatív elem, hogy a büntetőjogi gondolkodás eredményközpontúvá válik, tehát azt az etikai koncepciót teszi magáévá, amely az emberi cselekmények erkölcsi és jogi megítélését azok eredményétől teszi függővé.

Deskriptív elem, hogy ennek megfelelően a bűncselekmény fogalmát a tulajdonsértés mintájára építi fel. A bűncselekmény "javakat", tehát "objektumokat" sért, amelyek felett a javak "tulajdonosa" rendelkezik. Az 1970-es évektől mind a magyar, mind a német jogirodalomban előtérbe került az "*áldozati paradigma*".⁴ A kriminológia és a büntetőpolitika felfedezi a

¹Zipf, H.: 1977: Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, ÖJZ, 1977, 379 kk..

²Kant, I: Az erkölcsök metafizikája, Gondolat, Budapest, 1991, fordította: Berényi Gábor, 343.o.

³Binding, K.: Die Normen und ihre Übertretung, Leipzig, 1872, 30.o. idézi Amelung K.: Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtsdogmatischen Argumentation, in: FS-Eser, München, 2005, 3 kk.

⁴Tudománytörténeti érdekesség, hogy az AIDP 50 éves fennállása alkalmából éppen Budapesten, 1974-ben megrendezett XI. Nemzetközi Büntetőjogi Kongresszus adott külön szekciót a témának, amelyen Jescheck

bűncselekmény áldozatát. Mindezek a felismerések deskriptív értelemben azt a változást hozzák magukkal, hogy a bűncselekmény már nem egy objektumot, hanem egy szubjektumot sért, aki maga is cselekvőképes, és a bűncselekményt "elszenved".⁵ Mindez megfeleltethető a társadalomtudományban *Parsons* interakciós modelljének.⁶ A bűncselekmény így nem más mint interakció is, amely a két alany, a tettes és az áldozat között játszódik el. Nem csak a tettes, de az áldozat is érző és gondolkodó lény. A büntetőjogi parancs "hagyományos" címzettje - az elkövető, aki számára a büntető rendelkezése tilalmi norma (*Verbotnorm*) - mellett címzetté válik a sértett is, aki a büntetőjogra a *Luhmann* által vázolt bizalmi viszonyt (*Vertrauensnorm*) alapíthatja.⁷

Az áldozat e két tulajdonságának - a cselekvőképesség, illetve a szenvedés megélésének képessége - elismerése szintén normatív következtetésekkel jár.

A szenvedés megélésének képessége normatív értelemben az állami áldozatvédelem kriminálpolitikai szükségességét, és így a büntetőjog kiterjesztését vonja maga után.

Az áldozat cselekvőképességének elismerése - amely a sértetti beleegyezés megítélésénél alapvető fontosságú - ezzel szemben a büntetőjog korlátozását, a büntetendőség feltételeinek szűkítését jelenti, mivel ha azt feltételezzük, hogy a sértett is cselekedhet, akkor elképzelhető, hogy maga is közreműködött abban, hogy a bűncselekmény által eredményezett változás a külvilágban létrejöjjön.⁸

Ennek a lehetőségnek mind a büntetést, mind a felelősségben meg kell találnunk a megfelelő konzekvenciáit, és a sértetti akarat intézményének dogmatika-története azt mutatja, hogy a sértett beleegyezésének értékelése kiváló indikátora annak a felfogásnak, hogy egy korszak jogrendje hogyan foglalt állást az egyén jogairól és kötelezettségeiről az individualizmus és szociális kötöttség közötti feszültségben.⁹ A "*volenti non fit iniuria*" - mint jogelv - az egyén lehetséges szabadságát jeleníti meg azzal a társadalmi-objektív döntéssel szemben, hogy egy adott magatartás jogszerű vagy jogellenes. Az egyes normarendszerek többnyire olyan szabályokat állítanak fel, amelyeknél a norma alkalmazhatósága nem függ a norma címzettjének döntésétől. Ez alól jelent jelentős és egyedüli kivételt a sértett beleegyezése, amely létjogosultságát éppen a szubjektív akarat elismerésével nyeri el.¹⁰

2. Beleegyezés és egyetértés – a tényállás struktúrája

A hazai és német jogirodalomban jelenleg uralkodó álláspont¹¹ különbséget tesz a beleegyezés,

elnökölt, Györgyi Kálmán közreműködésével. [Grebing, G.: Die Verhandlungen der III. Sektion über das Thema "Die Entschädigung des durch eine Straftat Verletzte", ZStW 1975, 472 kk.]

⁵ Artz, G./Weber, U.: Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrbuch, Bielefeld, 2000, 19.o.

⁶Parsons, T.: The Social System, New York, 1951, 249 kk.idézi Amelung2005: 7.o.

⁷Luhmann, N.: Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, Stuttgart, 1973, 23. kk. idézi Amelung 2005:8. o

⁸Ibid.: 3. o.

⁹Rönnau, T.: Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen, 2001, 3. o.

¹⁰Maurach/Zipf 1992: 227. o.

¹¹Wessels, J. / Beulke, W.: Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 33. Auflage, Heidelberg, 2006: 125.o.; Busch B. (szerk.)/Belovics E./Békés I./Geller B./Margitán É./Molnár G./Sinku P.: Büntetőjog. Általános Rész, Budapest, 2006: 146.o.

mint jogellenességet kizáró ok, valamint már a tényállásszerűséggel is összeegyeztethetetlen egyetértés között.

Bizonyos esetekben a tényállás megfogalmazásában tipizált elkövetői magatartások már fogalmilag tartalmazzák a sértett akarata ellenére - *invito laesio* - való cselekvést, mivel a tett éppen ezáltal nyeri el deliktuális karakterét. Ennek hiányában természetesen nem állhat meg a tényállásszerűség. Kitűnő példát kínál erre a mechanizmusra a magánlaksértés (Btk. 176. §). Nyilvánvaló, ha a sértett egyetértésével valósul meg az elkövetési magatartás – a tettes a tulajdonos meghívására tölt a lakásban egy éjszakát - úgy nem beszélhetünk tényállásszerűségről. Nyilvánvaló, hogy az ilyen törvényi szerkezet a személyiségi jogok védelmével áll összhangban, amennyiben a jogalkotó azt juttatja kifejezésre, hogy az egyes személy vagy személyi érdekek elleni támadások csak akkor bírnak büntetőjogi relevanciával, ha azokat a sértett akarata ellen hajtják végre

Az uralkodó álláspont értelmében tehát - amennyiben az akarat nem tényállási elem - akkor a hozzájárulás kizárólag materiális jogellenességként jöhet csak szóba.

A német jogirodalomban megjelenő egyre markánsabb ellenvélemény értelmében azonban a beleegyezés eleve a tényállásszerűséget. Elsősorban *Roxin*¹² – az önrendelkezés szabadságára hivatkozik: az individuális jogi tárgy értelemszerűen az egyén döntési autonómiájának körébe esik, így a felette való rendelkezés semmiképpen nem vonhat maga után büntetőjogi következményeket, harmadik személy vonatkozásában sem. Nem beszélhetünk tehát a jogi tárgy sérelméről azon tényállások esetében sem, amelyek nem tartalmazzák a sértett akarátát, feltéve, ha a büntetőjog védelméről való lemondás joghatályos volt. A beleegyezés így már a tényállásszerűséget is kizárna.

Helyes szemléletben, a tényálláshoz kötődő egyetértést nem ismerhetjük el önálló, saját szabályokat követő jogintézménynek, mivel az egyes tényállási elemek értelmezéséről van szó. Ezt egyszerű szubszumpciónak kell tekintenünk, és mindössze azt vizsgáljuk, hogy az interpretáció általános szabályai szerint az adott tényállási elem a sértett egyetértése mellett megvalósulhat-e.¹³

Az egyetértés - eltérően a beleegyezéstől - mindig pusztán ténybeli természetű, ezért feltételeit mindig az adott tényállás normatív kritériumai alapján kell meghatároznunk. Érvényességéhez elegendő a pusztán *természetes akarat* megléte.¹⁴ A német bírói gyakorlat mindössze annyit követel meg, hogy a sértett akarata szubjektíve szabad legyen, de nem vizsgálja a személyes belátási képességet, az akarat adekvát mivoltát, illetve azon objektív körülményeket, amelyek az akaratképzést befolyásolták.¹⁵ Ennek megfelelően az akarat elemet tartalmazó bűncselekmények esetén a gyermekkorú vagy a kóros elmeállapotú sértett egyetértése is kizárhatja a diszpozíciószerűséget. Hasonlóan nem teszi érvénytelenné az egyetértést, ha az megtévesztésen alapul, kivéve, ha a törvény kifejezetten a megtévesztő magatartást rendeli büntetni.¹⁶

Ezektől az esetektől kell megkülönböztetnünk a *büntetőjogi norma egészére* vonatkozó sértetti

¹²Rönnau, T.: Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Jura 2002, 665 kk.

¹³Maurach/Zipf 1992: 229.o.

¹⁴Rönnau 2002: 665. o.

¹⁵BGH VRS 48, 175

¹⁶Wessels/Beulke 2006: 217.o.

beleegyezést.

Az újabb felfogás alaptétele - amelynek érvényességét bizonyítani kívánjuk - hogy az individuális jogi tárgyat védő büntetőnormák esetében a beleegyezés a tényállásszerűséget akkor is kizárja, ha a sértetti akarat nem tényállási elem. A hipotézis formális magyarázata az, hogy tényállásszerűség hiányában nem áll elő a bűncselekmény-fogalom minden szükséges eleme. A mélyebb, materiális magyarázat abban rejlik, hogy a joghatályos beleegyezés esetén az elkövető magatartása eleve nem sértheti vagy veszélyeztetheti az individuális jogi tárgyat.¹⁷ Ennek a dogmatikai állításnak az igazolásához két tételt kell elfogadnunk.

Egyrészt bizonyítanunk kell a jogi tárgy individuális-perszonális tanának létjogosultságát, legalábbis individuális jogi tárgyak esetében.

Másrészt, azt a premisszát feltételezzük, hogy a tényállásszerű magatartás szükségszerűen jogtárgysérelmet (veszélyeztetést) feltételez, vagyis el kell ismernünk a bűncselekménytanban a tényállás ismérveinek normatív jellegét, és el kell vetnünk a pusztán deskriptív, értékelésmentes tényállás eszméjét.¹⁸

A sértetti akarat jogigazoló hatásának magyarázatára három alapvető modell alakult ki a német nyelvű országok jogirodalmában, amelyek lényegében a jogi tárgy felfogásához köthető teóriák: a kollíziós és az integrációs modell, valamint a bázismodell. A megkülönböztetés alapja az, hogy a sértetti akaratot mennyiben tekintjük a jogi tárgy konstitutív mozzanatának.

3. A sértett beleegyezése mint jogellenességet kizáró ok – a kollíziós modellek

Hazai kommentárjaink egybehangzóan abból indulnak ki, hogy a sértetti beleegyezés rendszertanilag a jogellenességet kizáró okok közé sorolható.

Amennyiben a sértett beleegyezését jogellenességet kizáró okként fogjuk fel, ami csak kivételes esetben eredményezi a tényállásszerű magatartás büntetlenségét, akkor szükségszerűen a kollíziós modellekhez jutunk. Ezek az elméletek fenntartják a beleegyezés és az egyetértés közötti különbséget. Ennek megfelelően azoknál a bűncselekményeknél, amelyeknél a tényállás szerkezete szerint a sértett akarata nem a jogi tárgy eleme, a büntetendőség kizárására

¹⁷Rönnau 2001: 13.o. 4.lj.

¹⁸A tényállásszerűség bűncselekményi ismervét - amely szoros kapcsolatban áll a nulla crimen sine lege elvével - Beling rendszerére vezetik vissza. A v. Liszt/Beling/Frank-féle bűncselekménytanban az értékelésmentes tényállásból születik meg logikailag a jogellenességi és a bűnösségi ítélet. Az értékelésmentességből következik, hogy a tényállásban csak deskriptív elemek vannak, amelyek jogi értékelésre nem szorulnak. A deskriptív tényállási tant azonban már a XX. század első felében felváltotta a normatív értékelés. (Busch/Békés 2006: 88.o.;vö. Rönnau 2001: 13.o.4.lj.)

a jogellenességet kizáró okot kell keresnünk. A sértett rendelkezési szabadsága a bűncselekmény rendszerében helyét így a jogellenesség szintjén helyezkedik el.

A kollízió lényege abban áll, hogy a tényállásban védett jogi tárgy kerül konfliktusba a jogellenességet kizáró sértetti akarattal, mint az individuum rendelkezési szabadságával.¹⁹ Normatani szempontból így a tiltó norma (*Verbotsnorm*) kerül szembe a megengedő normával (*Erlaubnisnorm*).²⁰ A modellnek több, eltérően akcentuált változata is kialakult.

A legkorábbi a jogügyleti tan,- amely ma már inkább jogtörténeti érdekességnek számít - a jogrendszer egységét feltételezi.²¹ A civiljog kategóriarendszerét alkalmazza, a beleegyezést így jogügyletnek tekinti, így tehát akár feltétel-vagy időhatározásnak is helye lehetne.

A beleegyezés azonban nem jogügyleti akaratnyilatkozat. A mértékadó jogirodalom nem ismeri el a polgári jogi szabályok létjogosultságát a büntetendőség feltételeinek meghatározásánál.²² Az önálló büntetőjogi megítélést mindenekelőtt a két jogág eltérő célkitűzése indokolja: a jogügylet és a beleegyezés alapvetően más típusú normák kontextusában áll.²³

Hart analitikus jogfilozófiájával érvelve, a jogügyletek konstitutív normákra vonatkoznak, funkciójuk, hogy a civiljogi forgalom követelményeinek megfelelően jogviszonyokat hozzanak létre vagy módosítsanak. Ez nem jelent mást, mint egy új szabályrendszer - szerződés vagy végrendelet - megteremtését, amelynek kötelező erejében a forgalom résztvevői a jövőben nézve is bízhatnak, magatartásukat a későbbiekben ennek megfelelően alakíthatják.

Ezzel szemben a beleegyezés regulatív normákkal lép kölcsönhatásba, amelyek már meglévő jogi tárgyakat védnek, mint például a testi épség. A sértett akarata ezeknek a szabályoknak a kötelező erejét oldja, azonban korántsem általános jelleggel. A joglemondás ugyanis nem teremt orientációs alapot a tettes számára a jövőre nézve, nem kap felhatalmazást arra, hogy máskor is jogsértést követhessen el. Ennek megfelelően a sértett sincsen kötve egyszeri beleegyezéséhez, az elkövető pedig nem alapíthat várakozásokat arra, hogy a megtámadott jogalany egy másik esetben hasonlóan nem kívánja majd igénybe venni a jogrend védelmét.²⁴

A jogügyleti teória mellett a leginkább terjedt a joglemondási tana hazai és a német jogirodalomban. Ennek alapján akkor jöhet szóba büntetendőséget kizáró okként, ha az akarat nem külön kiemelt tényállási elem, és lényegét tekintve nem más, mint a sértett önrendelkezési joga által legitimált tudatos lemondás a jogi védelemről, amelynek hatásaként a tiltó norma háttérbe lép²⁵, és a hiányzó érdek tanának megfelelően kizárja a tett materiális jogellenességét.

A joglemondás hatályosságát az önrendelkezési jog és az általános cselekvési szabadság alkotmányos értékei alapozzák meg a német jogrendszerben, amely az Alkotmány (GG)

¹⁹Rönnau 2001: 14.o.

²⁰Roxin, C.: Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, 2006, München. 548 kk.

²¹Zitelmann, E.: Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP (Bd. 99.) 1906: 1 kk.

²²Wessels/Beulke 2006: 129.o.

²³H.L.A. Hart analitikus jogfilozófiáját alkalmazza a beleegyezésre, bővebben: H.L.A Hart: The Concept of Law, Oxford, 1961, idézi Amelung, K.: Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten, Berlin, 1998: 12.o.

²⁴Ibid.: 15.o.

²⁵Roxin 2006: 539 kk.

csúcára a emberi méltóság "érintheletlenségét" helyezi.²⁶ Az ellentétes előjelű argumentáció²⁷ értelmében viszont minden jogi tárgy a közösség szolgálatában áll, tehát a beleegyezést nem az egyén szabadságjoga, hanem az annak megvalósulásához fűződő társadalmi érdek legitimálja.

A fenti elméletek végső soron visszavezetnek a jogi tárgy végső természetét kutató diszkusszióhoz. Megválaszolatlan marad azonban a kérdés, hogy a beleegyezés valójában miért vonja maga után a tiltó norma visszalépését.²⁸

4. A beleegyezés mint tényállásszerűséget kizáró ok - az integrációs modell

A kollíziós modell fokozatosan veszítette el egyeduralmát és egyre inkább előtérbe került az a felfogás, amely a rendelkezési jogot a jogi tárgyba integrálja, a jogi tárgy konstitutív mozzanatává teszi, és ezzel a sértett beleegyezése esetén egyáltalán nem beszélhetünk a jogi tárgy által védett érdek sérelméről, tehát már a tényállásszerűség sem valósul meg.²⁹ Ez az elgondolás azt a jogpolitikai kívánalmat rögzítette, hogy a jogi tárgy azért érdemes a büntetőjog védelmére, mivel az individuum szabad rendelkezését testesíti meg.

Látható, hogy a kollíziós és az integrációs modellek közötti különbség alapvetően abban rejlik, hogy a jogi tárgyba emeljük-e a sértetti akaratot, az individuum rendelkezési jogát. Gondolatmenetünk következő lépéseként ezért a jogi tárgyat vesszük vizsgálat alá.

Napjaink jogirodalmában a jogi tárgy lényegéről három – markánsan különböző - megközelítés figyelhető meg:

A hazai jogtudományt a módszertani-pozitívista felfogás jellemzi - amely a tényállásban meghatározott jogalkotói szándékból indul ki - tautológiához vezet, amelyben az a két elem ismétlődik, hogy a büntetőjog funkciója éppen az egyes jogi tárgyak védelme, amelyeket a büntető rendelkezésekben megfogalmazott céllal azonosíthatunk. Mindez azonban – legfeljebb - a pozitív jog teleologikus értelmezésében, illetve a Különös Rész szisztematikus tagolásában nyújthat segítséget³⁰

A neokantiánus filozófián alapuló idealista tanok a gyakran materiális elkövetési tárgy és a jogi tárgy, mint "a társadalmi rend jogilag védett absztrakt értéke"³¹ közötti különbségtételen alapulnak. *Jescheck* klasszikus definícióját több magyar szerző is idézi.³² A szemlélet legjelentősebb hátránya, hogy elszakítja az értékvilágot a valóságtól, a jogi tárgyat pedig a plátóni ideák szintjére emeli. Erre a magaslatra azonban nem juthat el az elkövető sem, kézenfekvő, hogy a kauzális-reális létezés törvényeinek alávetett cselekményekkel nem sérthető a "mennyeiken túli" tartomány. Kérdéses tehát, hogy ami érintheletlen, az érdemelhet-e egyáltalán büntetőjogi védelmet.³³

Ennek az értéktannak közvetlen hozama, hogy a jogi tárgy így betöltheti alapvető hivatását, a kritikai és jogfejlesztő feladatkört.

A funkcionalista gondolkodásban mindez azonban kétségessé válik Korábbi büntetőjogi

²⁶Art. 1 Abs. GG

²⁷Weigend, T.: Über die Begründung der Strafflosigkeit der Einwilligung des Verletzten, ZStW 1986, 44-54.o.

²⁸Ibid.: 45.o.

²⁹Zipf 1977: 380.o. ; Weigend 1986: 61.o.,

³⁰Sina, P.: Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", Basel, 1962.

³¹94.o., hasonlóan Marx, M.: Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut". Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Berlin, 1972, 62.o.

³²Jescheck, H.-H. / Weigend, T.: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Auflage, Berlin, 1996: 257.o.

³³Nagy F.: A magyar büntetőjog általános része, Budapest, 2001: 140.o.

³³Kargl, W.: Die Funktion des Strafrechts in rechtstheoretischer Sicht, Heidelberg, 1996, 491.o.

irodalmunk a bűncselekmény tárgyát tartalmilag a nehezen megragadható "védelem viszony" kategóriájával, illetve ezek "védelemben részesülő funkcionálási feltételeivel" azonosította.³⁴ Ez az elgondolás azonban - amely az 1980-as években a nyugati szerzők körében is elterjedt - a közösség oltárán feláldozza az egyént. A modern büntetőjogban gyakran "eltűnik" a sértett, az absztrakt veszélyeztetési deliktumok már nem az egyes ember konkrét érdekét, hanem a társadalom intézményeit (gazdaság, információ-áramlás, közúti közlekedés) óvják. Sajátos megoldást jelenthet az univerzális jogi tárgyak fogalmának elfogadása – már a XIX. században felismerték, hogy az állam rendjét a polároktól függetlenül is védelem illeti. Érdemes utalni **Kis J.** gondolatára, aki az emberi jogok természetének vizsgálata során hasonló megfontolások alapján különböztet meg instrumentális jogokat, amelyek valamilyen szempontból a közösséget szolgálják, valamint morális (vagy korlátozó) jogokat, amelyek az egyén szabadságát biztosítják a hatalommal szemben.³⁵ A dualista felosztás (individuális/univerzális jogi tárgyak) kétségtelenül jobban illeszthető a mai jogfejlődés tendenciáihoz, azonban ahhoz vezethet, hogy a büntetőjog a magatartás-irányításban az ultima ratio helyett a *prima* vagy *sola ratio* szerepét veszi át.³⁶ A törvényalkotói buzgalom előszeretettel emel a büntető kódexbe – a közösség szükségletével indokolva - olyan tárgyakat, amelyeket kielégítően bástyázna körül más jogág szankciórendszere is. Mindez a normák megengedhetlen relativizálódását jelenti.

A továbbiakban ezért a reális-perszonális irányzat tételeit fogadjuk el. Lényeges kiemelni, hogy az "ideális" megfelelő ellentétpárja jelen esetben nem a "materiális" jelző, hiszen a jogi tárgy nem feltétlenül "kézzelfogható" jelenség. A realitás - jogtudományi értelemben - nem kizárólag fizikailag tapintható dolgokat, hanem szellemi-erkölcsi valóságot is jelent, olyan anyagtan természetű "javakat" – becsület, jó hírnév, világnézeti meggyőződés - amelyeket a bűncselekmény ténylegesen sérthet vagy veszélyeztet.

A jogi tárgy individuális-perszonális elmélete kantiánus tradícióban alapuló - liberális államelméletet feltételez, amelyben az állam célja az individuumok egyenlő és maximális szabadságának biztosítása. A német jogirodalom³⁷ a jogrendszer csúcsára állított emberi méltóság "érintetlenségére"³⁸ hivatkozik, ami szükségszerűen vonja maga után állam és egyén kapcsolatában az egyén feltétlen elsőbbségét.

Az univerzális jogi tárgy így csak az individuálisból vezethető le, és a büntetőjogi védelem csak akkor és csak annyiban legitimálható, amennyiben konkrét emberi érdekeket szolgál. Ennek értelmében tehát a közokirat-hamisítás jogi tárgya nem a közbizalom, hanem a hatósági és bírósági eljárásban vagy a kereskedelmi forgalomban részt vevő egyes személyeknek a közokiratok valódiságához fűződő érdeke. A német jogirodalomban a "frankfurti iskola" képviseli a leghatározottabban ezt a feltevést.³⁹

Az Alkotmánybíróság gyakorlatából kiemelendő a büntetőjog funkciójára vonatkozó értelmezés: *"Alkotmányos jogállamban a büntetőjog nem pusztán eszköz, hanem értéket véd és maga is értéket hordoz: az alkotmányos büntetőjogi elveket és garanciákat. A büntetőjog a büntetőhatalom törvényes gyakorlásának alapja és egyúttal az egyéni jogok védelmének*

³⁴Békés I./Földvári J./Gáspár Gy./Tokaji G.: Magyar büntetőjog. Általános Rész, Budapest, 1980:106.o.

³⁵Kis J.: Vannak-e emberi jogaink? Budapest, 1987:14.o.

³⁶Hassemer, W.: Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre, in: FS-Kaufmann, Heidelberg, 1989, 54 kk.

³⁷Chatzikostas, K.: Die Disponibilität des Rechtsgutes Leben in ihrer Bedeutung für die Problematik von Suizid und Euthanasie, Frankfurt am Main, 2001, 134.o.

³⁸Die Würde des Menschen ist unantastbar (Art. 1 Abs. 1 GG)

³⁹Hassemer 1989: 92.o.

szabadságlevelé is." [11/1992. (III.5) AB határozat]

Természetesen elképzelhető fordított előjelű monista érvelés is, amelyben az érték-hierarchia csúcsán az állam áll, igazolását pedig abban szemléletmódban találhatjuk, amit "eltársadalmiasításnak" nevezhetünk: az individuum csak és kizárólag mint interakciók résztvevője képzelhető el.

Az új Büntető Törvénykönyv kodifikációs munkálataiban olvashatjuk a büntetőjog emberképéről: *"A XXI. században a büntetőjog és a büntető eljárásjog, mint az állami büntetőhatalom monopóliumának kifejeződései, nem öncélúak és eleve adottak, hanem az individuumhoz képest másodlagosak és szolgáló intézmények. Noha a büntetőjogi szankcionálással való magatartásirányításról lemondani nem lehet, az emberi jogok nem pusztán korlátját jelentik az elsődleges állami büntetőhatalomnak, hanem az ember az államnál előrébb való."*⁴⁰

Az individuális interpretáció elegendő teret hagy a kollektívum követelményeinek is. Természetesen nem tagadjuk azt a tényt, hogy a humán létezés megtestesítője a társas lény, és nem a magányos szigetlakó. Az univerzális jogi tárgy - például a köznyugalom - így közvetített érdekként értelmezhető, amelyet a rész-egész viszonyában az individuumok összessége hordoz.⁴¹ Ellenkező esetben mindössze a büntetőjogi tilalom üres megismétléséről lenne szó.

A jogi tárgy tehát a büntetőjog által védett, konkrét személyhez kötött emberi érdek. Ez a kijelentés nyilván akkor védhető a legsikeresebben, ha a büntetőjog primer feladatává az egyén autonómiájának biztosítását tesszük. Fontos azonban kiemelni, hogy a büntető rendelkezések nem közvetlenül az önrendelkezési jogot védik, hanem azokat az alapvető emberi érdekeket - élet, szabadság, tulajdon - amelyek az önrendelkezés gyakorlásának bázisául szolgálnak.

Látni fogjuk, hogy ez a jogtárgy-teória szolgál az általunk preferált bázismodell alapjául.)

A bűncselekménytárgynak - hazai jogtudományokban elfogadott - büntetőjog-immanens, jogértelmezést segítő funkciója mellett biztosítani kell a kritikai-transzcendens szerepet is a jogalkotás orientációjában és a büntető rendelkezések legitimitációjában.

5. A jogi tárgy tartalma a kollíziós modell szerint

A kollíziós modell követői nem veszik fel a jogi tárgyba a sértetti akaratot, ennek megfelelően a módszertani-pozitívista vagy a neokantiánus jogtárgyfelfogást egyaránt oszthatják. A kollíziós modell logikailag dualisztikus és monista teóriákat is elfogadhat.

A kollíziós modell - az államelméleti felfogástól függően - megjelenhet dualista rendszerben, amiben a jogi tárgy két különböző típusa - az individuális és az univerzális jogi tárgy - áll egymás mellett. Tipikusnak azonban az etatista-monisztikus koncepció mondható, amely az egyénhez rendelt jogi tárgyat az állami-közösségi védelmi igényből vezeti le. Ez a tradicionális felfogás az egyén büntetőjogi védelmét pusztán a közösségi védelem reflexeként látja.

⁴⁰Ligeti K.: Az új Büntető Törvénykönyv Általános Részének koncepciója, Büntetőjogi Kodifikáció 2006/1: 7.o.

⁴¹Hassemer 1989: 91.o.

A neokantáninus értéktan képviselői többnyire dualisztikus jogtárgyrendszert teremtenek, és azt hangsúlyozzák, hogy az individuális jogi tárgyak - az individuum akaratától elszakítva is - absztrakt értékességgel bírnak, amelyek a jogrend alkotmányosan garantált védelmét élvezik.

Ebben az olvasatban a kar amputációja a sértett beleegyezése esetén is a jogi tárgy sérelmét jelenti, mivel az egyén testi épsége objektív értéket jelent a közösség számára.⁴²

6. A jogi tárgy tartalma az integrációs modell szerint

Az integrációs modell a közösség által meghatározott jogtárgyfelfogással szemben az individuum érdekeit hangsúlyozza.⁴³ A perszonális elmélet az egyén védelmi érdekéből vezeti le az univerzális jogi tárgyakat is. Az elgondolás képviselői - mindenekelőtt **Roxin** - az individuális jogi tárgyak funkcionális karakterét hangsúlyozzák, ami az emberi alapszükségletek kielégítéséhez, és az életforma megválasztásához szükséges szabadságszféra biztosítását jelenti.⁴⁴ Ennek megfelelően a büntetőjogi védelem tárgya nem a tényállásban körülírt elkövetési tárgy (élet, testi épség, idegen dolog) mint *szubsztancia*, hanem a jogi tárgy és a jogi tárgy felett rendelkezni jogosult kapcsolata, vagyis a konkrét személyhez rendelt jogi tárgy.⁴⁵ Ez a konstrukció **Stratenwerth** tételére vezethető vissza, aki szerint az idegen jogtárgyba való beavatkozás annyiban jelent tényleges jogtárgysérelmet, amennyiben az egy másik autonóm személy rendelkezési szféráját is megsérti. Ezáltal a jogi tárgy egy materiális/objektív és egy szellemi/szubjektív komponensre – a sértett akaratára - válik szét. A két komponens kapcsolatát a beleegyezés akképpen változtatja meg, hogy az engedélyezett támadás nem sérti a jogi tárgyat.⁴⁶ Az individuum rendelkezési szabadsága ezáltal a jogi tárgy konstitutív alkotóelemévé válik. Lényeges kiemelni, hogy a jogi tárgy gazdagítása a sértetti akarral nem vezethet a materiális/objektív jogtárgy-összetevő háttérbe szorulásához. Ez ugyanis arra vezetne, hogy a büntetőjog kizárólag a szabadság és az önrendelkezés védelmét szolgálná (mint a német jogban a *Nötigung* [§ 240 StGB] tényállása). A jogirodalomban ezért joggal emelik ki az emberi szabadságot és méltóságot sértő bűncselekmények tárgyára jellemző magatartási autonómiát (*verhaltensbezogene Autonomie*).

E deliktumok jogtárgya annyiban kivételes, hogy a többi individuummal szemben *generális* rendelkezési szabadságot biztosít, míg más bűncselekményeknél a rendelkezési szabadság *szektorális* jellegű, vagyis az adott jogi tárgy materiális tartalmára (testi épség, tulajdon) vonatkozó diszpozíciós lehetőséget biztosít (*objektsbezogene Autonomie*).⁴⁷ A jogállami büntetőnormák egyrésztől kifejezik a törvényalkotó objektív értékítéletét, másrésztől hozzárendelik az egyes tárgyakhoz a jogosult szubjektív rendelkezési szabadságát. A jogi tárgy által átfogott védelmi körben a sértett a tárgy sérelmét vagy veszélyeztetését szabadon engedélyezheti másoknak.

Az integrációs modellben a jogi tárgy szubjektív komponense, a jogosult akarata válik a

⁴²Baumann, J./Weber, U./Mitsch, W.: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Bielefeld, 1995: § 17 Rn 96.

⁴³Marx, M.: 1972.,;Hassemer 1989.

⁴⁴Roxin 2006:435 kk,

⁴⁵Weigend 1986: 59.o.; Sina 1962: 98.o.

⁴⁶Ennek ellenére Stratenwerth a beleegyezést még jogellenességet kizáró okként kezelte [Stratenwerth, G.: Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 1956: 41 kk.]

⁴⁷Rönau 2001: 39.o.

jogtárgyvédő elsődleges céljává, amelyet a büntetőjog *közvetlenül* véd a támadásoktól. A jogi tárgy objektív komponense így csak másodlagos, *közvetett* védelemben részesül.⁴⁸

7. A jogi tárgy tartalma a bázismodell szerint

Lenckner⁴⁹ bázismodellje a kollíziós és az integrációs modell szintézisét jelenti, amely kompromisszumos megoldásra törekszik a jogi tárgy objektív és szubjektív komponensének, a rendelkezési szabadságnak és a szubsztanciának a védelmében. *A harmadik modell azt kívánja kifejezni, hogy az individuális jogi tárgyak körében a büntetőjogi védelemnek nem a sértetti akarat az elsődleges tárgya (integrációs modell) és nem is a társadalom számára lényeges objektív komponens (kollíziós modell), hanem az egyénhez hozzárendelt bázis, ami személyes cselekvési potenciált, cselekvési opciókat jelent.*

A kollíziós modellek jogtárgyfelfogása ugyanis nem veszi figyelembe, hogy az individuális jogi tárgyak nem szakíthatók el a sértetti akaratától, mivel a büntetőjog ezekben az esetekben nem pusztán az elkövetési tárgyat, a "szubsztanciát" védi. Nyilvánvalóvá válik ez azon a példán keresztül, amit a tulajdonjog büntetőjogi védelme nyújt. A német BGB 903 §-a kifejezetten abban állapítja meg a tulajdon lényegét, hogy azzal a tulajdonos "kedve szerint" rendelkezhet.⁵⁰ A tulajdon értékét éppen a szabad rendelkezés lehetősége adja meg.

Höffe írja Kant-biográfiájában:

*"A tulajdonával az ember ugyanúgy rendelkezik mint a testével. A tulajdon bizonyos értelemben kiterjeszti a test határait és egyúttal mindenki másnak kijelöli a szabad rendelkezés korlátait is."*⁵¹

A büntetőjog a tulajdont nem mint szubsztanciát védi, hanem mint az egyén rendelkezési lehetőségét. A dolgoknak ugyanis - a tulajdonjog tárgyainak - nincsen önértékük. A büntetőjog a tulajdonosa által elszállításra kijelölt, derelinkvált bútordarabot már nem védi.⁵² További problémát jelent, hogy a modern büntetőjog *ultima ratio* jellegével nem egyeztethető össze, ha a felelős önsértést büntetni rendeli, a büntetőjognak ezért az "idegen dolog", illetve a "más testi épsége" jelent alkalmas jogi tárgyat. Ez a védelmi technika eleve arra utal, hogy a törvényhozó már a tényállás szintjén figyelembe veszi annak az akaratát, aki a jogtárgy felől rendelkezhet.

Az integrációs modell megoldásai sem aggálytalanok.

A sértetti akarat implementációjával ugyanis kettős hatást érünk el. Egyrészt, a rendelkezési szabadság és a rendelkezési tárgy összekapcsolásával létrehozott individuális jogi tárgy sérelme vagy veszélyeztetése, amennyiben a sértett beleegyezése joghatályos, *ab ovo* nem valósulhat meg, ezért a tényállásszerűség is kizárható.⁵³ Másrészt azonban, az individuális rendelkezési

⁴⁸Amelung, K.: Rechtsgüterschutz und der Schutz der Gesellschaft, Frankfurt am Main, 1972, 189.o.

⁴⁹Schönke/Schröder/Lenckner 2001: 557-558.o.

⁵⁰*Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.* [§ 903 BGB]

⁵¹Höffe, O.: Immanuel Kant, 6. Auflage, München, 2004, 218 k.

⁵²Nem értve ide természetesen azokat a tényállásokat, amelyek hangsúlyosan közösségi (műemlékvédelmi, stb.) értékeket védenek. [Rönnau 2002: 37.o.]

⁵³Roxin 2006: 545 kk.

szabadság által formált jogi tárgy lényegesebben esendőbb a támadásokkal szemben, mint egy olyan védelmi objektum, amelynek értékességét kizárólag szubsztanciájának sértetlenségében látjuk.⁵⁴ Ebben az olvasatban ugyanis már az is a jogi tárgy sérelmét jelenti, ha pusztán az akarati/szubsztantív komponens éri támadás, akár abban az esetben is, ha maga a szubsztancia sértetlen marad.⁵⁵ Szemléletes példát kínál erre a mechanizmusra az az eset, amikor a tulajdonos egy rakás feleslegessé vált ócskavasat helyez el a hátsó kertben, hogy ott az – mialatt hosszabb időre elutazik – az enyészete legyen. A szomszéd azonban – a tulajdonos akaratára ellenére, annak távollétében – sátortetőt rögtönöz az ócskaságok fölé, ezen a módon megakadályozva, vagy legalábbis késleltetve elrozdásodásukat.

Bármennyire is abszurd, ha következetesen végiggondoljuk az integrációs modell jogtárgyfelfogását, a szomszéd pusztán akaratellenes magatartása (*Willenswidrigkeit*) jogi tárgyat sért, noha cselekménye a szubsztancia javulásához vezetett.⁵⁶ Ez a tendencia a büntethetőség beláthatatlan kiterjesztéséhez vezet, amely ellentmond a büntetőjogi védelem alapvetően fragmentáris jellegének. A másik jelentős probléma, hogy a jogi tárgy elhelyezése a sértett *"akarat centrumában"* azt feltételezi, hogy a sértett mindig képes az autonóm rendelkezésre. Azokban az esetekben azonban, amikor faktuális okokból nem beszélhetünk akaratról, például egy kisgyermek vagy egy elmebeteg esetében, kérdésessé válik a büntetőjogi védelem hatékonysága. A megoldás, hogy ilyenkor a kisgyermek testi épségének sérelme mellett a gondozásra jogosult autonómiájának sérelméről is beszélhetünk, nem meggyőző.⁵⁷

8. A bázismodell lényege

Szemléletes példával élve, a bázismodell lényege a következőképpen magyarázható: legyen a büntetőjogi védelem tárgya egy kalapács tulajdonjoga. A konkrét személyhez mint tulajdonoshoz hozzárendelt kalapács mások számára a büntetőjog által elkerített tabuzónában helyezkedik el. A büntetőjogilag releváns magatartások határát egzakt módon a kalapács – mint elkövetési tárgy – kontúrjai jelölik ki. A kalapácsban – ami mások számára mint idegen dolog - a tulajdonos számára cselekvési opciók rejlenek. A kalapács tulajdonjoga mint jogi tárgy elleni támadás, például rongálás esetén, közvetlenül a szubsztanciára hat, közvetve azonban azokra a cselekvési lehetőségekre is, amelyek bázisul szolgálnak.⁵⁸ A törvényhozó által megalkotott tényállások az önrendelkezéshez szükséges instrumentáriumot szolgálják. A büntetőjog ugyanis nem közvetlenül az önrendelkezést védi, hanem azokat az alapvető emberi érdekeket – élet, szabadság, tulajdon - amelyek az önrendelkezés kiteljesítésének bázisul szolgálnak. Az individuális jogi tárgy és az individuum autonómiája nem cserélhető fel egymással.⁵⁹

A bázismodell nem veszi fel a sértetti akaratot a jogi tárgyba. Az akarati elem ugyanis valójában ott jelenhet meg, amikor a jogi tárgy által megtestesített cselekvési opciókat a jogosult gyakorolja. A rendelkezés ugyanis nem más, mint a cselekvési lehetőség aktualizálása. Éppen

⁵⁴Rönnau 2002: 64.o.

⁵⁵Bloy, R.: Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie? Überlegungen zur Reichweite des Tatbestandes des § 239 Abs. 1 StGB, ZStW 1984: 703 kk.

⁵⁶Rönnau 2002: 61.o.

⁵⁷Roxin 2006: 546 kk.

⁵⁸Rönnau 2002: 91.o.

⁵⁹Schönke/Schröder/Lenckner 2001: 557-558.o.

ezért a sértetti akarat akkor jut jelentőséghez a tényállás szintjén, amikor a jogtárgyban rejlő cselekvési potenciált – a beleegyezés útján - aktualizálja. Az akarat így konkretizálási funkciót tölt be, azonban nem válik az individuális jogi tárgy részévé. A bázismodell felfogható a kollíziós modell változataként is azzal a különbséggel, hogy itt nem a tényállásban védett jogi tárgy kerül összeütközésbe a jogellenesség szintjén megjelenő rendelkezési joggal. Arról van ugyanis szó, hogy – a tényállásszerűség szintjén – a beleegyezéssel gyakorolt materiális szabadságérdek találkozik a formális szabályozási érdekekkel, amely a jogtárgyban rejlő cselekvési opciókat védi. A büntetőjogi jogtárgyvédő tényleges célja – a cselekvési potenciál tényleges gyakorlása – a formális szabályozási érdek mögött szükségszerűen visszalép. A sértett joghatályos beleegyezése nem jelent mást, mint a büntetőjogilag védett cselekvési lehetőség realizálását, amely individuális jogi tárgy esetén akkor is kizárja a tényállásszerűséget, ha az engedélyezett magatartás az elkövetési tárgy sérelmével jár.

KLÁRA GELLÉN

Thoughts about the dogmatic characteristics of the simulated contract

Entering into contracts is part of our everyday lives since we often conduct both our private as well as our business affairs through contractual situations. In these situations we seek to reach the best possible agreement, one that would be in complete accordance with our will and expectations. However, there are sine qua non requirements concerning form and content, which are essential for a contract to be legally binding, and ensure the enforceability of the terms included in it. Failure to comply with any statutory criteria results in an erroneously executed contract, which can produce a variety of legal consequences. Legal transactions can induce invalidity as a possible conclusion of law, on grounds of specific legislative provisions. Even to those unacquainted with law, it is obvious that the contract must meet formality and substance requirements to render it legally binding. It is less universally known, however, that non-compliance between the terms of the contract and the genuine consent of the parties can also preclude the validity of the agreement.

1. This study addresses the issue of simulation, which is an element of the group of cases affected by defective intention, or absence of consent. In the division of invalidity reasons simulation is to be found are described as below.

Jurisprudence divides the grounds for invalidity into a number of classes, yet based on the common classification they fall into the following categories.

The contract is invalid if:

- A) it is illegal (concluding the contract is prohibited by legislation)
- B) it is impossible
- C) one party lacks legal competence
- D) *it contains defective intention*
- E) it contains of a formal defect ¹

Although each of the above groups represents a specific type of mistake affecting the contract, they should not be considered as completely disparate and independent factors, as they are interconnected in the process of the conclusion of the contract. This cohesive connection can be illustrated as follows: a prerequisite to the formation of a contract is the intention or will of a person having unlimited capacity of action, the statement of this intention according to the relevant formal requirements, so that the desired legal consequence and the agreement itself shall comply with public policy, morals and good manners, and the conclusion of the contract shall be possible both physically and legally. Another linking element is the fact, that each group of reasons is attributable to, or correlates with the intention of the parties in some sense. It is best illustrated by the classification of Gyula Eörsi, according to which the reasons for the invalidity of the contract originate in:

- the intention;
- the statement, which renders the will identifiable;
- the legal consequence proposed by the intention.²

¹ Emília Weiss: A szerződés érvénytelensége a polgári jogban (The invalidity of contract in the Civil Law) Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó. Budapest. 1969.54.p.

² Gyula Eörsi.: Kötelmi jog. (Law of Obligations.), Tankönyvkiadó, Budapest, 1989.100.p.

The complete lack of, or a mistake as to the contractual intention on one or both sides can lead to the invalidity of the contract. Thus, the category of invalidity defined as above, can be regarded in the strict sense as the group of mistakes as to “defective intention”. In the narrowest sense, “defective intention” is considered as the reason for the invalidity of the contract. In this case the defect is either the complete lack of the contractual intention as if it were merely fictitious (a joke, pretence, etc), or the existing positive intention to execute the contract has a specific defect stipulated within the framework of law.

In the second case of Eörsi's classification, invalidity consists in the inadequate *form* or *method* of the declaration, which will result in a mistake in the objective expression of the intention, i.e. in the statement of intention.

Should the agreement express the intention in compliance with the requirements regarding substance, but fail to do so regarding formality, it will qualify just as invalid as a contract executed by an unauthorized person under terms that are inconsistent with the genuine consent of the contracting party that they represent.

Contracts affected by the mistake mentioned in the third group of the classification can take no legal effect, as the parties are mistaken regarding the legal consequence of their contractual intention. In this case the genuine consent of the parties is legally impossible, and contrary to law.

For the subject of this paper the question of defective intention in this literal sense bears special importance.

Károly Szladits divides the common classification of these defective intentions into sub-categories according to whether the intention is defective, or there is complete lack of it. Yet another circumstance that demarcates further categories is whether the defect is wilful or unintentional. If the defective intention is wilful and the parties have entered into the agreement knowingly, the law will declare it void, whereas a non-wilful mistake will be merely voidable.

3

The subject of this essay is simulation, which belongs to the group of wilful defective intentions, and as such, results in a ground of nullity. In the assessment of pretence, and the statement of the invalidity of the contract, difference between the parties' ostensible intention and genuine consent plays a crucial role. In this case it is expressly the bilateral lack of contractual intention that will result in the invalidity of the contract: since the parties enter into an agreement that does not correspond to their intention, or might have no intention to contract in reality at all; they exhibit acts of untruth to the outside world. The parties simulate, and if they conceal a different agreement by these means, they also disguise their true intentions.

2. The unilateral simulation or *reservatio mentalis* receives an explicit and specific judgement both in Hungarian and in foreign private law: the *reservatio mentalis* does not affect the interpretation and validity of the contract. The fundamental difference between a *reservatio mentalis* and a unilateral frivolous statement is that in the second case the person who makes the statement believes that the frivolousness of the statement is clearly recognisable to the other party; while in case of a *reservatio mentalis* the person who makes the statement has the express purpose of hiding his real intention. It is also interesting to examine the problem of the recognisable but unrecognised *reservatio mentalis* or unilateral frivolous statement.

3. The statement of facts of simulated contract is not included in the Hungarian Civil Code. Having examined the foreign legal regulations, we believe that it would be reasonable to include a *normative definition* based on legal dogmatism and legal practice in our Code.

Having separately analysed the subjective and objective actual circumstances of the statement of facts, separating its features based on categories of normative and other criteria:

³ Károly Szladits: A magyar magánjog vázlatja I. (The Draft of the Hungarian Civil Law.I.),Grill károly Könyvkiadó Vállalat, Budapest.141-149.p.

Subjective facts: defective intention, wilfulness, bilateralism, privity (Agreeing to simulation in the analysed foreign legal systems.)

Objective facts: misrepresentation

Accordingly, we find the following definitions suitable for describing simulation: *simulation is an ostensible conclusion of a contract by the common will of the parties.*

Or: *A simulated contract is a bilateral manifestation of will made by the parties wilfully, with privity in a manner that even though they do not wish the legal consequences therein contained, they do represent so by entering into the transaction.*

4. Pretence may apply to the entire contract or to any of its parts. In case of absolute simulation the subject is the transaction will itself thus the whole contract, together with all of its elements, are subjected to simulation whereas in the event of disguise, pretence concerns certain parts of the contract only (usually the *title*, the *content* and the *parties*).

The *motivations* of concluding simulated contracts can be divided into two subtypes depending on which injury the fraud is aimed at. (But we must bear in mind that it is possible to simulate without having a fraudulent aim.) Using this approach we can distinguish between transactions aimed at *evading the law* and transactions aimed at *injuring the interest of a third party*. We think that fraudulence aimed at evading the law essentially has the following purposes:

- Evading an *obligation* prescribed by law.
- Avoiding a *prohibition* contained in a specific law.
- Acquiring some *benefit* for the parties by evading the law.

In the event of *injuring the interest of a third party*, if the concerned party has already been in possession of some kind of entitlement (pre-emption, or demand based on other legal basis in case of pretence aimed at distracting coverage) the parties try to evade that by simulating. In other cases they try to prevent the future rightful claim of the third party from being validated (e.g. evading the claim to a compulsory portion by entering into a sales contract instead of a contract of gift).

The causality of the contract does not provide the defining of the statement of facts of simulation with normative elements as the pretence is declared independently of the nature and content of motivation. In practice it only plays part in the confirmation and judgement of the pretended nature of the contract. Even then it is significant rather in judging the unlawful, prohibited nature of the concealed contract.

5. Following the Italian legal practice we use the terms *absolute* and *relative* simulation to mark the two basic cases of fraudulence. *Absolute* simulation occurs when the parties did not actually wish to contract, thus it involves all elements of the contract (in an absolute sense). *Relative* simulation occurs when the intention to contract is real but its aim is to disguise another transaction, thus the parties are simulating the transaction only partially (in a relative sense).

Absolute simulated transactions are characterised as follows:

- a. on entering into a contract
- b. all parties,
- c. with common will,
- d. regarding the entire contract,
- e. feign and simulate that they are contracting
- f. even though they have no real intention to contract.

Relative simulated transactions are characterised as follows:

- a. on entering into a contract
- b. both parties,
- c. with common will,
- d. regarding a part of the contract,

- e. conclude a fraudulent contract
- f. with the presence of a real intention to contract.

Having examined the legal consequences of pretended contracts we can declare that besides the effect of the absolute and relative simulation on each other – on the parties – there is a legal effect on the third parties that has the same or even stronger significance. In this case the third parties can be divided into two groups. The first group consists of the persons whose interests are injured by the simulated transaction thus they wish it to be invalid, the other group consists of those who trusted the validity of the contract thus they support its validity.

6. The parties, by the freedom of concluding a contract, have practically endless possibilities of creating new legal constructions – although the legal restrictions should be taken into consideration. Nowadays the legal ways and contract systems are typically complicated, and in examining them it may be extremely difficult to determine whether the parties merely exploited the possible licenses of that freedom or they exceeded that and made a pretended transaction. Analysing the mechanism of entering into simulated contracts one cannot neglect the interest of simulation replacing or starting from the normal interest-motivation of concluding a contract, the role and content of the statement representing the outer statement of facts of the contract, the peculiar possibilities of questions related to the interpretations of the contract, the form and representation related to pretence, and finally the problem of lacking the intent for contractual legal consequence and the problem of the actual legal consequence.

7. We do not agree with the possibility of voidness based on the motivation of simulated contracts (and thus on the importance of the injured interest), nor do we subscribe to the idea of differentiating voidness based on pretence. This approach would imply that the wilful defective intention of the parties is not sufficient to determine the voidness of the simulated contract as its law-breaking, law-evading nature would have to be proven. This approach differs radically from ours, the one we have just presented: voidness determined by wilful defective intention would not apply to simulation, the motive would become a normative condition and would have priority in determining the statement of facts void or voidable.

When the simulated transaction injures the interest of the third party only, that, according to this approach, would be only voidable, that is temporarily invalid – in spite of the wilful bilateral defective intention. Deriving from the dogmatic essence of pretended contracts we do not approve of paralleling the aim as an absolute normative element - determining the nature of invalidity – to the wilful bilateral defective intention. If it were so, then the wilful defective intention would not lead to invalidity if it were not intended to evade the law; and it would not lead to the injury of the third party: thus the simulation without a false intention – that is extremely rare in practice – would not lead to invalidity.

Concluding statements

By entering into simulated contracts the parties undertake the performance of a kind of “legal play” in order to realize their intended purpose. Law of course cannot be indifferent towards such “play”; it has to sanction this phenomenon accordingly. This can be well accomplished by the institution of invalidity. However, it is important to consider that these fraudulent types of behaviours might point to the faulty, out-of-date, overregulated nature of legal situations and their regulations requiring modification. The popular simulation practice in certain fields can often be kept within rational frameworks by “guessing” the proper legal regulation. This way it provides a special challenge for the legislator to create such legal provisions the avoidance of which the subjects do not see as justified and effective, and instead of the law-evading behaviour they choose to accept the way provided for by law.

The often cited freedom of contract makes a wider scope of action possible in the variety of market relations, and provides for a faster and more flexible adjustment to complicated market mechanisms. However, the new transaction types and legal constructions may result in some

“offshoots”: it is not by chance that today we are to face pretence in connection with complicated and subtle contractual networks. Simulation displayed in a new gown of course still remains a simulation: law enforcement has to judge and qualify it based on the classical, timeless law of pretence.

By analysing the case of simulation, the “changing permanence” of legal maxims based on classical dogmatic principles is unfolding: legislation has to follow the development of law and has to ensure a settling stability and safety at the same time.

Herke Csongor¹
Absprache im Strafprozess

I.

Im Zusammenhang mit den Gesprächen im Verfahren mit Konsens –Orientiertheit mit dem Objekt der Vereinbarungen bildeten sich verschiedene Auffassungen heraus. Die einzelnen begrifflichen Benennungen zeugen in einer bestimmten Weise von der Zuneigung oder Abneigung des jeweiligen Autors im Zusammenhang mit den Vereinbarungen; mit dem Grund der Gefahr „des Nebeneinandersprechens“² bildet eher die nichtgeklärte Form, die Qualität des Inhalts und die Frage der obligatorischen Kraft der Vereinbarungen, und weniger die bloße begriffliche Bestimmung. Hier handelt es sich in erster Reihe um die Ausdrücke „von Verständigung“³ und von „gentleman’s agreement“⁴ Außerdem kommen als Begriff „deal“⁵, „Vergleich“⁶, oder die a „Kooperation“⁷ vor. Als Bestens erwies sich der Ausdruck von „Absprache“⁸, und es wird trotzdem gesagt, dass das durch den Großen Strafausschuss des Deutschen Richtervereien ausgearbeitete Gutachten, „die sog. Münsterer Thesen“⁹, die Verständigung als neutraler Hauptbegriff annahmen¹⁰.

Die Anregung zum Abschluss des Vergleichs in der Strafprozessordnung hat für das Strafverfahren keine bedeutende Kraft. Die Strafverfahren und die Zivilverfahren gehen von zwei verschiedenen Basen aus: die Vorschriften und die Grundgedanken können ohne Wahl nicht von der Ordnung des einen Verfahrens ins Andere ausdehnen. Bis in den Zivilprozessverfahren die Parteien im Sinne des Prinzips der Verfügung¹¹ über den Gegenstand des Verfahrens verfügen können, wird es im Strafverfahren durch die Geltung des Prinzips der Legalität verhindert. Bis das eine Ziel des Strafverfahrens die Aufdeckung der materiellen Wahrheit ist¹² – obwohl nach TREMMEL ist es nicht nur unnötig, sondern ausdrücklich schädlich vor dem Wort der Wahrheit ein Attribut zu legen¹³ –, ist im Zivilprozessordnungsrecht das Prinzip der formellen Wahrheit das Bestimmendste¹⁴. Auf den weiteren grundsätzlichen Unterschied wiesen DENCKER und HAMM hin: im Strafverfahren ist zum Abschluss und zur Verwirklichung der Absprachen die Entscheidung nötig. Ein Vergleich außer des Prozesses, das Beenden des Verfahrens ohne die Entscheidung des Gerichts – entweder in Form von Urteil oder von Beschluss– ist im Strafprozess nicht möglich.

¹ Dr. habil. HERKE Csongor Dozent, Lehrstuhlleiter. Universität Pécs, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Strafprozessrecht und Kriminalistik. ✉ H-7603-PÉCS, Pf. 29. e-mail: herke@ajk.pte.hu; web: http://herke.hu

² DENCKER, Friedrich – HAMM, Rainer: Der Vergleich im Strafprozess. Alfred Metzner Verlag 1988. 37. o.

³ SCHMIDT-HIEBER, Werner: Verständigung im Strafverfahren. München, 1986.

⁴ DAHS, Hans: Rezension zu Schmidt-Hieber, Verständigung im Strafverfahren. München 1986. NJW 1987/1318. o.

⁵ DEAL, Detlev: Der strafprozessuale Vergleich. StV 1982/545. o.

⁶ DEAL, Detlev: Der strafprozessuale Vergleich. StV 1982/545. o.

⁷ DAHS, Hans: Rezension zu Schmidt-Hieber, Verständigung im Strafverfahren. München 1986. NJW 1987/1318. o.

⁸ SCHÜNEMANN, Bernd: Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. In: Gutachten zum 58. Juristentag. München, 1990.

⁹ KINTZI, Heinrich: Verständigungen im Strafrecht – Überlegungen zu den Thesen und dem Gutachten der Grosse Strafrechtskommission. JR 1990/8. 309. o.

¹⁰ FAKÓ Edit: Vádalku a kontinentális jogrendszerben. In: Publ. Univ. Miskolc. Sect. jur. et pol. Tomus 20/1. 2002. 255. o.

¹¹ BAUMANN, Jürgen: Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1979. 56. és azt köv. oldalak.

¹² ROXIN, Claus: Strafverfahrensrecht. 22. Auflage. Beck, 1991. 2. és azt követő oldalak.

¹³ TREMMEL Flórián: Magyar büntetőeljárás. Budapest-Pécs, 2001. 36. o.

¹⁴ RANFT, Otfried: Strafprozessrecht. Systematische Darstellung für Studium und Praxis. Stuttgart-München-Hannover-Berlin, 1991. 269. o.

Es sieht im Gebiet der Strafprozessordnung völlig anders aus: mit der Absprache im Prozess „wird der Boden der Entscheidung im Zusammenhang mit der bisher geführten Diskussion“¹⁵.

II.

Das Prinzip der Ermittlung verhindert selbst den Abschluss der Absprachen und Verständigungen zwischen den Teilnehmern im Verfahren, in den Strafverfahren hat diese Feststellung die Erlaubniskeit der im Strafverfahren schließenden Absprachen betreffend nur eine geringe Bedeutung, weil über die Vereinbarkeit mit den anderen Grundprinzipien des Verfahrens dadurch nichts gesagt werden kann. Von den Grundprinzipien sind 4 gesondert hervorzuheben:

- a) das Prinzip des fair Verfahrens (und innerhalb dessen die Anforderung der vernünftigen Zeitdauer);
- b) das Prinzip der gleichen Behandlung;
- c) das Prinzip der Unschuld; und
- d) das Recht zum Gerichtsverfahren.

ad a) Das Recht zum „fair Verfahren“ kann nach der herrschenden Ansicht vom Prinzip der Rechtsstaatlichkeit hergeleitet werden. Der Anspruch an „das fair Verfahren“ garantiert den Charakter der Rechtsstaatlichkeit der einzelnen Strafverfahren. Das Grundprinzip des „fair Verfahrens“ bestimmt den ersten Punkt sechsten Artikel von EJEE. Die Konkretisierung des Grundprinzips (mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit und auf die Unsicherheit „der Tragweite“ des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit) ist vorsichtig zu behandeln. Grundsätzlich ist natürlich die Aufgabe des Gesetzgebers, von den möglichen Regelungen eine auszuwählen. Die Kreislinien und die Leitprinzipien werden von der Rechtsübung bestimmt. Es wäre aber zwecklos, in jedem Teil gültige Befehle und Verbote zu suchen. Typisch können die entsprechenden Gesichtspunkte gerade in den Einzelfällen berücksichtigen. Wenn diese Gesichtspunkte nicht anders sind als aus dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatigkeit einzuhaltende Kriterien. Wenn diese Gesichtspunkte nicht anders als aus der Gesichtspunkt der Rechtsstaatigkeit einzuhaltende Kriterien, besonders die Sicherung des Prinzips des Gleichheitszeichens der Waffen¹⁶ oder die Aufklärung der materiellen Wahrheit, es gibt kein Anderes übrig, bei jedem einzelnen Fall ist das Gesamtbild zu behaupten. Es ist zu untersuchen, ob bei der Erfüllung der Vereinbarungen die Verletzung des Prinzips „des fair Verfahrens“ verwirklicht. Die eine Grundbedingung der Vereinbarungen ist das beiderseitige Vertrauen der Teilnehmer. Die Verletzung des Vertrauens in die Versprechen und dadurch auch die Verletzung des Prinzips „des fair Verfahrens“ verwirklicht dann, wenn ein Versprechen, eine Vereinbarung neben der von der Seite des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft gegebene Garantie nicht eingehalten werden. Insofern der Vorsitzende des Rates erkennt, dass er das gegebene Versprechen nicht einhalten kann, ist seine verfassungsrechtliche Pflicht, die Aufmerksamkeit des Verteidigers und des Angeklagten (wenn es nötig ist, im Wege des Zurükrufens in die Verhandlung) zB darauf aufzurufen, dass es die Behauptung einer schwereren Qualifizierung als in der Absprache Behauptete ins Worte kommen kann. Die Pflicht zur Warnung kann aus der durch das Prinzip „des fair Verfahrens“ gestellten Anforderung hergeleitet werden.

Das Geständnis des Mitangeklagten kann die Strategie der Verteidigung ohne die vorherigen Absprachen zwischen die Teilnehmer des Verfahrens und des Gerichts vereiteln. Das kann auch bei der Überprüfung des konkreten Falls entscheiden, unter was für Bedingungen die Verletzung des Vertrauen „ins fair Verfahren“ des anderen Angeklagten im Zusammenhang mit dem (und auf den anderen Angeklagten gesehen belastendes) Geständnis

¹⁵ DENCKER, Friedrich – HAMM, Rainer: Der Vergleich im Strafprozess. Alfred Metzner Verlag 1988. 30. o.

¹⁶ FENYVESI Csaba: Fegyveregyenlőség az ügymegismerésben. Collega, 2002/5. 8-12. o.

des Mitangeklagten während der Vereinbarung verwirklicht¹⁷. Über die Kompetenzen der Versprechen gegen den Mitangeklagten verletzen auch das Prinzip des Gleichheitszeichens vor dem Gesetz.

Die Forderung des vernünftigen Verfahrens (mit einem anderen Ausdruck das Prinzip der Beschleunigung des Verfahrens) ist auch einen Teil „des fair Verfahrens“. Es wird durch den 3. Punkt des 5. Artikels und durch den 1. Punkt des 6. Artikel von EJEE festgesetzt. Aufgrund dessen hat der Beschuldigte Recht auf das Verhör in bestimmtem Zeitpunkt und darauf, dass das Verfahren in einer vernünftigen Zeit (bei einem Beschuldigten in Haft aber möglichst am schnellsten) geführt wird. Es würde eng ausgelegt, wenn in den Absprachen von der Seite der Richter nur den Motiv zur Erleichterung ihrer Arbeit und zur Zeitersparung gesehen würde. Eher ist das Prinzip zur Beschleunigung des Verfahrens, das der Richter aus Überlegung der Rechtsstaatlichkeit und des Strafverfahrensrechts dazu anregt, sich mit den Teilnehmern des Verfahrens in Verbindung zu setzen, mit Verhandlungen im Zusammenhang mit dem Maß der Strafe zu beginnen, mit dem Verdächtigen und mit seinem Verteidiger mitzuteilen, an was für ein Maß der Strafbemessung das Gericht im Falle seines Geständnisses dachte.

ad b) Das Prinzip der Legalität kann nicht nur aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit hergeleitet werden, sondern auch aus dem Anspruch für die gleiche Behandlung sämtlicher Verdächtigen und Angeklagten des Strafverfahrens. Im Falle des Bestehens des gleichen Sachverhalts kann die frühere Absprache über das Geständnis zu wesentlich verschiedener Strafe als die aufgrund unter dem Druck der schwer belastenden Beweise abgelegten Geständnisses Bemessbare¹⁸.

Im ersten Absatz des Verfassungsgesetzes findbarer Titel des allgemeinen Gleichheitszeichens kann zu den grundsätzlichen verfassungsmäßigen Prinzipien eingereiht werden, und als Grundrecht beinhaltet es der Anspruch auf die gleiche Behandlung. Aber auch die ungleiche Behandlung ist auch erlaubt, sogar sie ist auch gewünscht, wenn sie durch einen nach vorn gesehenen, von den Tatsachen gegebenden oder sonst objektiven zielmäßigen Grund begründet wird. Deshalb besteht willkürliche ungleiche Behandlung im Fall, wenn die frühere auf die Ablegung des Geständnisses bezogene Absprache zu der Strafmilderung führt, nicht aber eine spätere, als der Druck der belastenden Beweise abgelegtes Geständnis. Der Angeklagte kann ein früheres Geständnis auch aus seinem eigenen Einsehen ablegen, auch dann, wenn es gerade im Rahmen einer Vereinbarung passiert. Es kann wegen der Teilnahme an der Aufklärung der Sache, wegen des Verzichts auf die Zeugen, wegen der Beschleunigung des Verfahrens und wegen der Teilnahme an der Aufklärung der Wahrheit als ein mildernder Umstand berücksichtigen¹⁹.

ad c) Wenn es angenommen werden kann, dass das Geständnis des Angeklagten in der Verhandlung ein Gespräch der Verteidigung und des Gerichts über die Details zum Geständnis gebundener Strafmilderung voraus ist, führt die Bereitwilligkeit zur Führung eines solchen Gesprächs zum mit der Präsümption der Unschuld vermeidenden Konflikt²⁰.

Die Präsümption der Unschuld verhindert, dass jemand als schuldig behandelt wird, ohne dass seine Schuldigkeit im Rahmen durch ein Gesetz geregeltes Verfahren bewiesen wurde. „Diese Präsümption“ hört nur mit dem Rechtskrafterlangen des Urteils auf²¹. Die Verteidigung

¹⁷ TSCHERWINKA, Ralf: Absprachen im Strafprozess. Frankfurt am Main, 1995. 91. o.

¹⁸ RANFT, Otfried: Strafprozessrecht. Systematische Darstellung für Studium und Praxis. Stuttgart-München-Hannover-Berlin, 1991. 276. o.

¹⁹ SCHMIDT-HIEBER, Werner: Verständigung im Strafverfahren. München, 1986. 78. és azt köv. oldalak.

²⁰ TSCHERWINKA, Ralf: Absprachen im Strafprozess. Frankfurt am Main, 1995. 99. o.

²¹ KLEINKNECHT, Theodor – MEYER, Karlheinz: Strafprozessordnung. 44. Auflage, Beck, 1999. az EJEE 6. cikkéhez fűzött kommentár 12. és 15. pont.

des Angeklagten dieser Art wird dann vergessen, wenn die auf dem nicht abgelegten Geständnis beruhenden strafmildernden Kriterien vor der Verhandlung oder vor der Geständnisablegung noch zwischen dem Gericht und der Verteidigung zu Verhandlung kommen. Da die Gefahr von „point of no return“ hier für die Verteidigung besteht. Wenn die Möglichkeit der Geständnisablegung nur ins Wort gebracht wird, verliert die Verteidigung ohne Grenzen die Überzeugungskraft gegen die Klage. Schon bloß auf die Ablegung des Geständnisses bezogene Andeutung führt für den Vertreter der Anklage und für das Gericht zur Schuldigkeit des Angeklagten. Das Aufwerfen der Möglichkeit des Geständnisses hat eine so starke auf das Gericht und auf den Staatsanwalt geübte psychologische Wirkung, dass das Zurückkehren der Verteidigung zur Bezweiflung und zum Freispruch eigentlich aussichtslos scheint. Deshalb werden die Absprachen hauptsächlich „in den monstre Prozessen“ geschlossen²² und vor allem dann, wenn neben der voraussichtlich umfangreichen Beweisaufnahme schwere Rechts – und Tatfragen zu entscheiden sind²³.

Die typische Verfahrenssituation des Abschlusses der Absprachen ist deshalb auf keinen Fall „die relativ eindeutige Lage der Beweisführung“²⁴, sondern in großer Zahl der Fällen ist gerade dessen Gegenteil ungeklärt, eine schwere Rechtsfrage und Lage der Beweisführung. Der Verteidiger kann mit der richtigen Vorhersage der umfangreichen Anträge das Interesse des Gerichts zum Abschluss der Absprachen erwecken. In dieser Situation entscheidet sich klar mit prozesstaktischen Überlegungen, ob man mit dem angebotenen „unvollständigen“ Geständnis zufrieden ist, oder in ein umfangreiches, kontradiktorisches Verfahren reingeht, wo aufgrund der Lage der Beweisführung und der Tatfrage nicht weniger wahrscheinlicher, als das Schuldigkeit aussagende Urteil ist.

Auf die zu erwartende hohe Strafe begründete Gefahr der Flucht als Haftgrund führt von der einen Seite zur groben Verletzung der Präsuntion der Unschuldigkeit²⁵. Von der anderen Seite aber, wenn man aus der ständigen Aufrechterhaltung dieses häufigen und unausgerotteten²⁶ Grundes ausgeht, kann klar ausgezeigt werden, dass die Überlegungen im Zusammenhang mit dem Problem der Strafverhängung schon in der früheren Phase des Verfahrens gerade üblich sind, und diese Überlegungen führen (genauso wie die Gespräche im Zusammenhang mit der Strafe unter den Teilnehmern des Verfahrens vor dem Beenden der Beweisaufnahme) noch nicht zur Verletzung der Präsuntion der Unschuldigkeit. Im Zusammenhang mit dem tatsächlichen Täter und des in der Wirklichkeit unschuldigen Angeklagten kann gleichermaßen angenommen werden, dass nicht nur der Staatsanwalt sondern auch die Verteidigung schon in der sehr früheren Phase des Verfahrens Vorhersagen im Zusammenhang mit dem Maß der Strafe legen. Die Überlegungen der Teilnehmer des Verfahrens im Zusammenhang mit der Strafverhängung sind deshalb nicht nur dann erlaubt, wenn das Gericht im Rahmen der Pflicht zur Aufklärung nach dem Beenden der Beweisaufnahme über die Schuldigkeit des Angeklagten Überzeugung erwarb²⁷.

ad d) Dem Angeklagten muss Recht darauf sichern, dass er vor dem Gericht auf die gegen ihn gestellten Anklagen Erklärungen abzugeben. Er hat Recht dazu, Anträge vorzutragen, und direkte Fragen zu stellen. Es kann aber nicht erwartet werden, dass der Angeklagte auch bei sämtlichen Gesprächen zwischen der Anklage, der Verteidigung und dem Gericht anwesend ist. Zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Gericht kommt es oft zu

²² HANACK, Ernst-Walter: Vereinbarungen im Strafprozess. Mainzer Runde, Ministerium der Justiz, Rheinland-Pfalz, 1985. 500. és azt köv. oldalak.

²³ SCHMIDT-HIEBER, Werner: Absprachen im Strafprozess – Privileg des Wohlstandskriminellen? NJW 1990/1884. o.

²⁴ TSCHERWINKA, Ralf: Absprachen im Strafprozess. Frankfurt am Main, 1995. 101. o.

²⁵ HERKE Csongor: A letartóztatás. Dialóg-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2002. 23. és 89. o.

²⁶ DAHS, Hans: Absprachen im Strafprozess – Chancen und Risiken. NSTz 1988/156. o.

²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd: Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. In: Gutachten zum 58. Juristentag. München, 1990. 98. o.

informalen Gesprächen über den Angeklagten, deren Inhalt aber der Angeklagte nie erkennen kann. Diese Beispiele zeigen auch die Grenzen der Pflicht zu Information zu geben und Anhören des Gerichts gegen den Angeklagten. In einzelnen Fällen ist es auch nötig, ohne die Einbeziehung des Angeklagten Verhandlungen zu führen. In den meisten Fällen informiert das Gericht den Angeklagten, worum es sich im Gespräch handelte, wenn der Angeklagte in den Gerichtssaal tritt und diesmal er gefragt wird, ob er damit, was sein Verteidiger vor dem Abschluss der Absprache dem Gericht sagte, einverstanden ist. Wenn es kein Geständnis ablegt, verliert die frühere Besprechung seinen Sinn²⁸.

Wenn es zur Aburteilung des Angeklagten anhand solcher Absprachen kommt, die der Angeklagte nicht kannte, und deren Inhalt der Angeklagte weder in der Verhandlung, noch von der Erklärungen des Verteidigers nicht erkannte, wird das Recht des Angeklagten auf die Erklärung auf die Anklagen verletzt (auch dann, wenn ein solcher Fall nur schwer vorzustellen ist). Das Gericht kann aber nicht dazu gezwungen werden, das Bewusstsein des Angeklagten von den Erklärungen der Teilnehmer des Verfahrens und auch von seinen Äußerungen in Kenntnis zu setzen.

Nach dem ersten Absatz 57 § des Verfassungsgesetzes kann niemand von seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die Absprachen in der Ermittlungsphase, während der Anklageerhebung oder sie direkt vorbeugend, können dieses verfassungsmäßiges Grundprinzip direkt berühren. Die Staatsanwaltschaft kann aber keine Absprache über seinen Spielraum schließen. So kann sie zB keine Anklage vor einem örtlichen Gericht nur deshalb aus einfachen Gründen erheben, weil der Vereidiger im Falle einer Anklageerhebung vor dem Komitatsgericht mit der Einreichung sämtlicher, umfangreicher Anträge der Beweisführung droht.

III.

Im Srafverfahrensgesetz sind sämtliche Vorschriften zu finden, die zum Abschluss der Beiträge, der Einwilligungen, der Absprachen, der Vergleiche zwischen den Teilnehmern des Verfahrens bezogene Elemente beinhalten. Das ist nicht nur in solchen Sonderverfahren geltend, wie zB die Verfahren der Privatklage, in denen das Verfügungsrecht der Teilnehmer im Verfahren einen weiteren Kreis wie im ordentlichen Strafverfahren hat, sondern auch in den Verfahren, in denen die klassische kontradiktorische Verhandlung charakteristisch ist. Vereinbarungen sind nicht nur während der Ermittlung, sondern auch im Zwischenverfahren und in der Verhandlung zu schließen. Der Standpunkt kann nicht akzeptiert werden, dass im StPO konkret nichts über die Absprachen zu finden ist, sind sie als nicht erlaubt zu betrachten. Wenn die konsens –orientierten Regeln von StPO einzeln nach ihrer Stelle, ihrem Inhalt, ihrer jeweiligen Funktion im Gesetz geprüft werden, können wir uns darüber überzeugen, dass die Absprachen grundsätzlich erlaubt sind, und der Inhalt und die große Zahl dieser konsens –orientierten Regeln den Zweifler auch darüber überzeugt, dass sie als keine bloße Ausnahmen oder irgendeine Sonderregelung zu betrachten sind²⁹.

Der Hauptgrund dafür, dass die Gerichte in immer größerem Maß bereit sind, an den Absprachen teilzunehmen, kann mit dem in den Gerichten erster Instanz wahrnehmbaren Verfahrensschwall und mit dem aus ihrer Erledigung gegebenden Druck erklärt werden.³⁰ Deshalb ist die Ansicht allgeimen anerkannt, dass sämtliche Verfahren ohne Einfacherungsumstände nicht beenden werden können³¹. Sogar kann nach ESER ausgesagt

²⁸ DAHS, Hans: Absprachen im Strafprozess – Chancen und Risiken. NStZ 1988/153. o.

²⁹ SIOLEK, Wolfgang: Verständigung im Strafverfahren – eine verfassungswidrige Praxis. DRiZ 1989/325. o.

³⁰ RUDOLPH, Kurt: Prozessflut und Erledigungsdruck. DRiZ 1992. 6. o.

³¹ KLEINKNECHT, Theodor – MEYER, Karlheinz: Strafprozessordnung. 44. Auflage, Beck, 1999. 1885. o.

werden, dass das Strafverfahren die Grenzen der Entwicklung erreichte³² – und diese Behauptung ist auch in unserer Heimat geltend.

Das tatsächliche Problem der Überbelastbarkeit der Organe der Gerichtsbarkeit trägt den Befehl der Beschleunigung des Strafverfahrens in sich. Nicht nur das Interesse des Beschuldigten sondern auch das Allgemeininteresse diktiert, dass das Gericht im Rahmen seiner allgemeinen Besorgungsrecht sichert, dass das Strafverfahren möglichst schnell und ohne irgendeine unnötige Verspätung endet. Wenn dazu noch beigerechnet wird, dass sich die Qualität der Zeugenaussagen und der Beweismittel mit dem Vergehen der Zeit immer verschlechtert, als verbessert, weiterhin, dass der Täter möglichst nach der Begehung der Straftat je bald er besafen müsste, gesichert die Geltung der Bedingung der sinnvollen Zeitdauer und mit Betracht auf die Notwendigkeit der Vorbeugung (aus speziell –und generalpreventivem Gesichtspunkt gleichermaßen), so wird es eindeutig, dass das Gericht in eine Zwickmühle gerät. Die eine Seite der Pflicht fordert die Aufklärung der materiellen Wahrheit, die Feststellung sämtlicher relevanten Tatsachen, das Geltendmachen „des fair Verfahrens“, das Verhör irgendwelcher am Verfahren teilnehmender Personen. Von der anderen Seite ist das schnelle Verfahren zu sichern, wo die Strafe der Straftat möglichst schnell folgt, die Zeugen erinnern sich sehr gut an die Vorfälle, wo der Angeklagte nicht an das unnötige lange Verfahren leiden muss, und die zu lange Dauer des Verfahrens als strafmildernden Umstand zu berücksichtigen ist.

Vor allem ist die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers darauf aufzurufen, dass er der Überbelastbarkeit der Gerichtsbarkeit dadurch Herr werden muss, den Personalbestand der in der Gerichtsbarkeit Arbeitenden zu erhöhen, das Strafrecht berührende modifizierende Verordnungen zu fassen. Die Beschleunigung des Verfahrens zielt auch zB der Punkt i) ersten Absatz 190 § StPO, nach dem die Untersuchung gegen eine bestimmte Person ist niederzuschlagen, wenn von seiner Verhängung schon 2 Jahre verging, und man gegen die in der Sache bestimmte Person nicht mehr vorgehen kann. Die Außerachtlassung der Verhandlung (von § 464 StPO), die Vorgerichtsstellung (von § 516 StPO) und das Verzicht auf die Verhandlung (§ 533 StPO) sind ausdrücklich die Beschleunigung des Verfahrens dienende Sonderverfahren.

Das Ziel des Strafverfahrens – unter anderen –die Wiederherstellung des Rechtsfriedens³³. Im Verhältnis mit dessen ist in erster Reihe von der weitkreisigen Genehmigung durch die Teilnehmer auszugehen. Es gibt Fälle, wo das Verzicht auf das Rechtsmittel den Teil der Absprache bildet, durch das sich das Gericht (irgendwelche von den Teilnehmern des Verfahrens eingemeldete Verzichte auf das Rechtsmittel betrachtend) nicht der Gefahr ausgesetzt ist, dass das Urteil außer Kraft gesetzt wird.

Die Absprache (und dadurch auch die Beschleunigung) dient dem Interesse des Beschuldigten. Eine längere, mehrere Tag dauernde Verhandlung ist für den Angeklagten völlig banal, aber kann bedeutende Organisatinosprobleme mit sich bringen³⁴. Wenn sich die Dauer des Verfahrens wegen der Absprachen nur auf eine Vormittag oder auf eine Verhandlung beschränkt, berührt es weniger nachteilig die Umstände des Angeklagten. Für mehrere Angeklagten wirkt selbst die Führung einer Verhandlung auch als Strafe, unzählige Angeklagten fühlt selbst das Hinziehen der Verhandlung auch als Strafe. „Die Verzögerung“ des Verfahrens und das, dass alles vor der Öffentlichkeit passiert, der Druck, der auf sie lastet, bedeutet vielen Angeklagten einen so großen Nervenbelastung, dass ihnen selbst das Beenden des Verfahrens eine Erlösung bedeutet³⁵. Am öftesten ist der Stressfaktor wegen der Verhandlung, „die Stigmatisierung“ und die lange Unsicherheit im Zusammenhang mit dem

³² ESER, Albin: Funktionswandel von Prozessmaximen. ZStW 1992/361. és 371. o.

³³ ROXIN, Claus: Strafverfahrensrecht. 22. Auflage. Beck, 1991. 2. o.

³⁴ TSCHERWINKA, Ralf: Absprachen im Strafprozess. Frankfurt am Main, 1995. 30. o.

³⁵ FEELEY, Malcolm: The process is the punishment. New York, 1979.

Ausgang des Verfahrens das größte Problem³⁶. Aus dies allen folgt, dass der Verdächtige und der Angeklagte mehrmals allein in der Absprache die Möglichkeit dazu sehen, die Beängstigungen im Zusammenhang mit dem unsicheren Ausgang zu bewätigen, die auch im Zusammenhang nicht nur mit dem Unschuldigkeit, mit der Strafe, sondern auch mit zusammenarbeitender, auf Humanität beruhender Erledigungsweise besteht³⁷. Es ist offensichtlich, dass die während des Verfahrens in Haft seienden Angeklagten einen noch größeren Anspruch darauf haben, mit dem Ausgang des Verfahrens im Klaren zu sein. Die Verhandlung bedeutet für den Angeklagten einen bedeutenden materiellen Last. Die Kosten ergeben sich einerseits aus den eigenen Umständen (Babysitter, Lohnausfall usw.), andererseits ergeben sich selbst aus dem Verfahren (je länger das Verfahren ist, desto mehr Verfahrenskosten können auftauchen; je mehr Zeuge zu laden ist, desto höher sind die Zeugenkosten; Kosten wegen der Fachmeinungen erhöhen auch der Gesamtkosten; die Verteidiger stellen im Allgemeinen pro Verhandlung das sie gebührende Honorar usw.). Wenn das Gericht in einer anderen Stadt als die des Angeklagten ist, erhöhen die Fahrt –und Unterkunftskosten den Gesamtkosten weiter.

Die erfolgreiche Absprache sichert dem Verteidiger die Möglichkeit, dass er seinem Auftraggeber schon früher einen entsprechenden Auskunft über den Inhalt und den Ausgang des Verfahrens betreffend geben kann. Der Verteidiger, der seinen Auftraggeber schon beim ersten Gespräch über das ausgezeichnete Verhältnis zum Richter und/oder zum Staatsanwalt überzeugen kann, genießt in der Praxis ein bedeutendes Vertrauen von seinem (potentiellen) Auftraggebers. Neben alles, wenn seine Tätigkeiten im Zusammenhang mit der gegebenen Sache sinken, kann er auch einen neue Auftraggeber vetreten, kann in die Strafvollstreckungsinstituten zu Besuch gehen, usw., dadurch kann er die ersparte Zeit als Gewinn verbuchen³⁸.

Absolut unerlaubt und die Glaubwürdigkeit mit den Vereinbarungen in Verbindung stehender Praxis verderbend sind die zwischen dem Staatsanwalt und dem Verteidiger geschlossene Absprachen, die zu Vermischung der verschiedenen Fällen führen. In diesen Absprachen gehen die Teilnehmer nach HÜBSCH³⁹ bis dahin, dass der Verteidiger während des Verlaufs einer Verhandlung auf den weiteren Antrag der Beweisführung verzichtet, wenn die Staatsanwaltschaft verspricht, dass sie in einem anderen, auch gemeinsamen Verfahren aus dem Gesichtspunkt der Verteidigung Zugeständnisse macht.

Die Absprachen können auch die Zeugen berühren. Der Abschluss der Absprache kann eine positive Folge sein, dass die Möglichkeit dazu öffnen kann, auf die Zeugen zu verzichten, und die Außerachtlassung des Verhörs der Zeugen; nach einem glaubwürdigen Geständnis kann das Gericht selbst erlauben, auf das weitere Beweisaufnahme zu verzichten. Besonders im Falle der Geschlechtsstraftaten ist es klar, dass der Richter dem zu verhörenden Beschuldigten von dieser stammenden unangenehmen Situation vorzubeugen wünscht.

HAMM befürchtet davor, dass die ganze Gerichtsbarkeit durch die Praxis der Absprache einen bedeutenden Ansehenverlust erleidet⁴⁰. Die andere Gefahrquelle ist die auf dem Vergleich beruhende falsche Urteilsfällung⁴¹. Die Gefahren ergeben sich einerseits aus der latensen Möglichkeit des Drucks wegen des Geständnisses⁴², andererseits besteht dessen

³⁶ DENCKER, Friedrich – HAMM, Rainer: Der Vergleich im Strafprozess. Alfred Metzner Verlag 1988. 124. o.

³⁷ PETERS, Karl: Strafprozess. 4. Auflage. Heidelberg, 1985. 80. o.

³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd: Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. In: Gutachten zum 58. Juristentag. München, 1990. 44. o.

³⁹ HÜBSCH In: Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg (szerk.): Absprache im Strafprozess – ein Handel mit der Gerechtigkeit? Symposium am 20/21.11.1986 in Triberg, Tagungsbericht. Vollzugsanstalt Heilbronn, 1987. 69. o.

⁴⁰ HAMM, Rainer: Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. ZRP 1990. 339. o.

⁴¹ DENCKER, Friedrich – HAMM, Rainer: Der Vergleich im Strafprozess. Alfred Metzner Verlag 1988. 124. o.

⁴² SCHMIDT-HIEBER, Werner: Hinweis auf die strafmildernden Wirkungen eines Geständnisses? In: Festschrift für Rudolf Wassermann, 1985. 995. o.

Gefahr, dass der Angeklagte zu früh ein Geständnis ablegt, und in Verbindung mit dessen ist mit der Gefahr von „point of no return“ gegenüberzustehen und die Möglichkeit zur Fassung eines Freispruchs sinkt in bedeutendem Maße⁴³. Der Verdächtige trägt weiters auch dessen Gefahr, ob er sich einen entsprechenden, zuverlässigen Anwalt nahm. Besonders bei den Absprachen spielt die Person des Verteidigers eine bedeutende Rolle⁴⁴. Endlich, wenn der Verteidiger das Honorar nach Tagen feststellt, kann ihm die Verkürzung der Gerichtsphase auch mit Lohnverlust mit sich bringen.

IV.

Der Inhalt der Absprachen steht nach TSCHERWINKA⁴⁵ von der Seite des Angeklagten, der Staatsanwaltschaft und die des Gerichts (vom aktuellen Stand des Verfahrens, ohne die Bewertung ihrem rechtlichen Gesichtspunkt der Zufriedenheit) unter anderem in den Folgenden:

Die inhaltlichen Bestandteile der Absprachen von der Seite des Angeklagten	Die inhaltlichen Bestandteile der Absprachen von der Seite der Staatsanwaltschaft und des Gerichts
<ul style="list-style-type: none"> • Geständnis (Teil –oder ganzes Geständnis) • Wiedergutmachung • Hilfe zur Aufklärung der Sache • Verzicht auf die weitere Beweisaufnahme, Zurückziehen der Beweisaufträge, Verzicht auf den Einwand des Verfahrens • Verzicht auf Rechtsmittel, Zurückziehen des Rechtsmittels • Mitwirkung mit der Behörde • Bereitwilligkeit zur Ablegung des Geständnisses auch in anderen Verfahren, bzw. gegen anderen Mittäter is 	<ul style="list-style-type: none"> • die Beschleunigung des Verfahrens, schnelle Anklageerhebung • Vertrauensbeitrag • Subtraktion eines Mitangeklagten unter das Verfahren, schnelle Urteilsfällung • Außerachtlassung sonstiger Taten/Tateinheiten, Verzicht auf die Änderung der Anklage • Versprechen darauf bezogen, dass eine „schlanke“ Aussage als völliges Geständnis bewertet wird, genauso die Erklärung des Angeklagten gegen den Verteidiger • Außerachtlassung der Verhandlung, Vorgerichtsstellung statt Verhandlung • mildere Strafe • Verprechen den Strafrahmen, das Strafmaße betreffend • Versprechen auf „die Halbierung“ der Strafe • Beitrag zur Unterkunft in ein bestimmtes Strafvollstreckungsinstitut • Probezeit • Verzicht auf das Rechtsmittel bzw. Zurückziehen des Rechtsmittels von der Seite der Staatsanwaltschaft • Verzicht auf die Zeugen • Versprechen des Gerichts, die Grenzen des Antrags des Staatsanwaltes nicht zu übertreten

⁴³ DAHS, Hans: Absprachen im Strafprozess – Chancen und Risiken. NStZ 1988/156. o.

⁴⁴ EYRICH In: Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg (szerk.): Absprache im Strafprozess – ein Handel mit der Gerechtigkeit? Symposium am 20/21.11.1986 in Triberg, Tagungsbericht. Vollzugsanstalt Heilbronn, 1987. 165. o.

⁴⁵ TSCHERWINKA, Ralf: Absprachen im Strafprozess. Frankfurt am Main, 1995. 38. és azt köv. oldalak.

	<ul style="list-style-type: none"> • Verprechen darauf, dass der Staatsanwalt in einem anderen Verfahren als obigatorischer Verteidiger berücksichtigt wird • Versprechen der Staatsanwaltschaft, mit dem Angeklagten und mit seinem Verteidiger in einem anderen Verfahren zuvorkommend zu sein
--	--

Absprachen werden vor allem in den folgenden Verfahrenslagen zu schließen⁴⁶:

- große Verfahren, Verfahren mit vielen Zeugen, viele Verhandlungstagen⁴⁷;
- unklare und schwere Beweis –und Rechtslage;
- Strafverfahren im Zusammenhang mit den Wirtschafts –und Steuerstraftaten;
- Umweltstraftaten;
- Straftaten im Zusammenhang mit Drogen;
- Anklage wegen mehrerer Taten/Teiltaten;
- wenn der Angeklagte während des Strafverfahrens in Probezeit ist;
- Sachen im Zusammenhang mit der Haftnahme;
- Verfahren mit Außerachtlassung der Verhandlung.

V.

Die Absprachen sind nicht nur aus ihrem thematischen, regionalen, zeitgemäßen Gesichtspunkten, Straftatentyp und zum Gebundenheit zum Interesse sind sie sehr verschieden, sondern auch nach ihrer obligatorischen Kraft. Die Gespräche können von den klaren gesetzlichen Mahnungen auch bis zur obligatorischen Kraft des Gerichts gehen. Nach TSCHERWINKA haben die Absprachen sieben verschiedene Formen⁴⁸:

- a) gesetzliche Mahnungen,
- b) abstrakte Erörterungen über die strafmildernde Wirkung der Aussage,
- c) öffentliches Gespräch über die Führung des Verfahrens,
- d) das Öffentlichkeitsbringen der Bewertung über die Lage der Beweisführung,
- e) zuverlässige Prognose ohne Pflicht
- f) obligatorisches Versprechen auf das Ergebnis des Verfahrens und
- g) die Gespräche der Teilnehmer des Verfahrens über die aus dem Gesichtspunkt des Verfahrens nötigen Erklärungen des Angeklagten.

ad a) Die relevanten Andeutungen des Gerichts aus dem Gesichtspunkt des Maßes der Strafe sind nicht unproblematisch, wenn sie mit den Mahnungen im Gesetz übereinstimmen. Ein klassisches Beispiel dafür ist die Vorgerichtsstellung (siehe Bedrohung mit mindestens 8 JahrenFreheitsentzug).

ad b) In unzähligen Verfahren weist der Gerichtsvorsitzende Richter auf die strafmildernde Wirkung der Aussagen hin. Während dessen deutet er nicht nur auf die allgemeine Rechtsübung hin, die auch die Strafmilderung im Zusammenhang mit Ablegung des Geständnisses macht, sondern auch auf die Übung seines eigenen Rates, und er kann eine solche Aussage erwähnen, die tatsächlich zur Senkung der Strafe führte.

⁴⁶ TSCHERWINKA, Ralf: Absprachen im Strafprozess. Frankfurt am Main, 1995. 43. o.

⁴⁷ HANACK, Ernst-Walter: Vereinbarungen im Strafprozess, ein besseres Mittel zur Bewältigung von Grossverfahren? StV 1987/500-504. o.

⁴⁸ TSCHERWINKA, Ralf: Absprachen im Strafprozess. Frankfurt am Main, 1995. 71-77. o.

ad c) Vor dem Beginn werden oft Gespräche über die Notwendigkeit des Zeugenverhörs, der Fachexpertenmeinung, über die Möglichkeit des Auflesens der Aussagen oder über sonstige Verfahrensfragen geführt⁴⁹. Es ist zu betonen, dass solche formelle Absprachen für den Verteidiger einen Grund für konkrete Folgerung zur materiellen Ansicht des Gerichts geben, und in indirekter Weise haben sie die gleiche Wirkung wie den materiellen Inhalt betreffende konkret direkte Gespräche. zB das Gericht kann zum Kenntnis des Verteidigers bringen, ob er den Alkoholkonsum des Angeklagten betreffend die auf das Maß des konsumierten Alkohols bezogene Daten annimmt, und dadurch hält er das Maß des konsumierten Alkohols betreffend das Anhören eines Fachexperten nicht für nötig.

ad d) Es gibt unzählige solche Fälle, wenn das Gericht über den Stand der Beweisführung legal äußert, siehe zB das indirekte Kennen der zur Bewertung der Beweise bezogenen Erklärung des Gerichts durch die Tätigkeit im Zusammenhang mit der Aufklärung, besonders durch die Ladung/Unladung der weiteren Zeugen; übliche Gespräche unter den Teilnehmern des Verfahrens über die gegenseitige Bewertung der Beweismittel; die Verhängung der Haftnahme im Falle des begründeten Verdachts der Begehung einer Straftat; besonders, wenn deren Verhängung die zu erwartende hohe Strafe der (apokryphe) Grund ist⁵⁰.

ad e) Unter der zuverlässigen Prognose ohne Pflicht versteht TSCHERWINKA, dass das Gericht zum Aufsuchen der Verteidigung oder der Staatsanwaltschaft über den Ausgang der Sache eine Prognose gibt⁵¹. Diese Prognose kann sich aber nur auf die bisherige Lage der Beweisführung beziehen und kann nur provisorisch sein. Es ist damit zu rechnen, dass das Verfahren sämtliche Überraschungen bereithält (zB Auftauchen eines Verfahrenshindernisses, Tod des einen Zeugen usw.). Das Gericht kann den Teilnehmern nicht lügen und kann keine völlig andere Prognose geben, als es tatsächlich stellte. Das Gericht muss feststellen, dass auch die Prognose auf die bisherige Lage der Beweisführung beruht, weist auf die weitere Beweisaufnahme nicht hin und kann ihr keine obligatorische Kraft beilegen⁵². Diese Form der Absprachen wird besonders deshalb kritisiert, weil es zweifelhaft ist, ob das Gericht nach der Einmeldung des zu erwartenden Strafmaßes in den Weiteren „frei“ an der Verhandlung teilnimmt, weil daraus stammend einen Druck auf ihm lastet⁵³. Diese Form der Absprachen entspricht dem „gentleman's agreement“.

ad f) Bei diesem Fall äußert das Gericht darauf beziehend, was für eine Strafe es im Falle der Aussage des Angeklagten verhängen. Diese Form der Absprachen ist nach der herrschenden Ansicht aus verschiedenen Gründen nicht erlaubt zu betrachten und ist abzulehnen⁵⁴. Besonders ist dieses obligatorische Versprechen nicht erlaubt, wenn es die Präsomtion der Unschuldigkeit, das Grundprinzip der Unmittelbarkeit und des „fair“ Verfahrens, weiters die Vorschriften im Zusammenhang mit der Befangenheit verletzt⁵⁵.

ad g) Der Ablegung der Erklärung des Angeklagten beugt natürlich und notwendig ein öffentliches Gespräch über den Aspekt des ganzen Verfahrens der Teilnehmer des Verfahrens vor. Ohne die Frage des Zurückziehens dieser Erklärungen zu behandeln⁵⁶ kann es festgestellt

⁴⁹ RÜCKEL, Christoph: Verteidigertaktik bei Verständigungen und Vereinbarungen im Strafverfahren. NSStZ 1987/302. o.

⁵⁰ HERKE Csongor: Az apokrif letartóztatási okok. Belügyi Szemle, 2001/12. 83-92. o.

⁵¹ TSCHERWINKA, Ralf: Absprachen im Strafprozess. Frankfurt am Main, 1995. 74. o.

⁵² SCHMIDT-HIEBER, Werner: Verständigung im Strafverfahren. München, 1986.

⁵³ NIEMÖLLER, Martin: Absprachen im Strafprozess. StV 1990/38. o.

⁵⁴ TSCHERWINKA, Ralf: Absprachen im Strafprozess. Frankfurt am Main, 1995. 76. o.

⁵⁵ SCHÜNEMANN, Bernd: Die Verständigung im Strafprozess. Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung? NJW 1989/1895. o.

⁵⁶ KLEINKNECHT, Theodor – MEYER, Karlheinz: Strafprozessordnung. 44. Auflage, Beck, 1999. 116. pont.

werden, dass sie auf irgendwelche Teilnehmer des Verfahrens grundsätzlich obligatorisch sind und haben eine direkte Wirkung auf die weiteren Ereignisse des Verfahrens.

VI.

Die Absprachen können nach unserem Standpunkt sowohl mit dem Gesetz über das Strafverfahren als auch mit dem Verfassungsgesetz vereinbaren. Die Praxis der Absprachen kann nicht nur als der Teil der Rechtsentwicklung, sondern auch als ein Teil der wachsenden, gesamtgesellschaftlichen Konsens –Orientiertheit. Die Konsense und die materielle Wahrheit stehen nicht im Gegenteil zueinander, die einander ausschließen. Die Mitglieder der Staatsanwaltschaft und des Gerichts sprechen oft unter einander außer des Prozesses, diese Gespräche haben vielmals aus der Beurteilung der ganzen Sache riesige Bedeutung. Es ist also begründet, dass an diesen Gesprächen zwischenzeitlich auch die Verteidigung (besonders der Verteidiger) teilnehmen kann, sonst ist das Prinzip des Gleichheitszeichens schwer zu verletzen.

Während der Ermittlung und in der Verhandlung geschlossene Absprachen können andere Wirkungen haben. Bis die in der früheren Phase des Verfahrens geschlossene Absprachen (meistens zwischen dem Staatsanwalt und dem Verteidiger) bestimmten im Wesentlichen den Gegenstand der Anklage, während der in der Verhandlung geschlossenen Absprachen nimmt schon das Gericht auch aktiv teil und innerhalb des Gegenstandes der Anklage (im ersten Reihe im Hinblick auf die Sanktion) ist der Kreis der Absprachen begrenzt. Die eindeutige, gesetzliche Regelung der Absprachen ist nicht begründet, deshalb ist die Änderung von StPO unnötig, sogar auch nicht erwünscht. Nur vom jeweiligen konkreten Fall ausgehen, kann man dem über im Strafverfahren schließenden Absprachen ausgestaltenden Gesamtbild näher kommen, weil es zum Abschluss der Absprachen in den verschiedensten Formen, Konstellationen, Gebieten, Themen, Inhalten und Ergebnissen kommen kann. Die Verallgemeinerung würde zur Außerachtlassung der Einzelheiten des jeweiligen Falls führen. Die Absprachen können nicht als selbständige Verfahrenstätigkeiten betrachtet werden, sondern sie dienen der Vorbereitung und der Vollziehung der sonstigen Verfahrenstätigkeiten.

VII.

Im Vergleich der heimlichen Regelung und der angelsächsischen Modelle ist zu sagen, dass das Institut des Verzichts auf die Verhandlung die erwünschte Wirkung in unserer Heimat nicht erreichte. Das hat auch mehrere Gründe (zB Ausschluss bei Jugendlichen, Verwendung nur mindestens mit 8 Jahren Freiheitsentzug bedrohten Straftat), aber von denen die Unberechenbarkeit der zu erwartenden Strafe und in dieser Hinsicht der Beschränkung der Kompetenz des Staatsanwaltes am wichtigsten gehalten wird. Der Beschuldigte bekennt dann leichter die Begehung der Straftat, wenn ihm im Tausch konkrete, berechenbare Strafe angeboten wird. Die Regelung der Kronzeugenregelung im engeren Sinne könnte mit den Änderungen der jetzigen Regeln des Verzichts auf die Verhandlung passieren, aber auch mit der Erschaffung eines selbständigen Sonderverfahrens.

Bei der Erwägung der Einführung der Kronzeugenregelung reiht IZSÁKI die folgenden Argumente und Gegenargumente auf⁵⁷:

Die Vorteile der Kronzeugenregelung	Die Nachteile der Kronzeugenregelung
-------------------------------------	--------------------------------------

⁵⁷ IZSÁKI Mariann: A büntető eljárás egyszerezítése, különös tekintettel a vádalkura. Szakdolgozat, JPTE ÁJK Pécs, 1995. 29. o.

<ul style="list-style-type: none"> • die schnelle Beurteilung der Sachen • kann auch das schnellste Verantwortungsziehen des anderen Angeklagten fordern • der Angeklagte übernimmt zugleich mit dem Geständnis die Folgen seines Verhaltens • die Beweise können leichter und in besserer Qualität zu erwerben • die Zeugen und die Fachexperten sind unnötig zu laden • im Tausch für die Mitwirkung hat auch der Angeklagte an Vergünstigungen 	<ul style="list-style-type: none"> • es besteht die Gefahr, dass nicht immer der tatsächliche Täter seine Schuldigkeit erkennt • die Staatsanwälter werden während der Vereinbarung nur durch den Erfolg der Anklage und nicht das Erreichen der speziell –und generellpreventischen Ziele entsprechenden Strafe inspiriert • bei den mildereren Urteile haben kleinere zurückhaltende Wirkung • wer auf das ordentliche Verfahren besteht, der bekommt im Allgemeinen eine schwerere Strafe • die Möglichkeit der Rehabilitation wird gesunken • die Möglichkeit der Rachen des Richters und des Staatsanwalts ist schwer auszuschließen • die materielle Wahrheit wird selten aufgeklärt
---	---

Nach dem Vergleich der Vorteile und der Nachteile ist auf jedem Fall den Vergleich die Modelle der Kronzeugenregelung zu überlegen und nach der Erhebung der nutzbaren Elemente ihre möglichst schnelle Einführung. Zu ihrer wirksamen Verwendung wäre über die Aufgabe der Gesetzgebung nicht nur die Spezialisierung der Behörden sondern auch nach FENYVESI die der Verteidiger nötig⁵⁸.

VIII.

Die Gerichtsbarkeit der Wiederherstellung kann dem Interesse der Teilnehmer der Straftat und der Behörden dienen. Wenn aber der Staat der Opfer mindestens derart berücksichtigt, wie das der Täter, wächst das allgemeine Sicherheitsgefühl. Nach UMBREIT és ROBERTS halten viele Opfer wichtiger, Antworten vom Täter zu bekommen, und nur ein kleiner Teil beansprucht Schadenersatz, Wiedergutmachung⁵⁹. Der Gewinn des Beschuldigten ist, dass er in größerem Maß die Verantwortung bekennen muss. Dessen Bedingung ist, dass sich das Mediationsverfahren nicht auf die Stigmatisation und möglichst darauf die ihm angebotene Wiedergutmachung richtet.

Bei der Mediation kommt auch die Gesellschaft gut weg: die Täter bekennen mit einer größeren Wahrscheinlichkeit ihre Tat, verstehen ihre Wirkungen auf die anderen, sprechen offen über die Wirkungen, die zu Straftaten führten, so kann man daraus lernen. Es hat auch eine größere Wahrscheinlichkeit, dass der Angeklagte Wiedergutmachung macht, wenn er damit einverstanden war. Dazu braucht er aber gesellschaftliche Hilfe: den Beschuldigten sind Arbeitsplätze zu sichern, ihm sind Lehre zukommen zu lassen usw.

Die Gerichtsbarkeit der Wiederherstellung dient auch dem Interesse der Behörden. Dazu ist zu erreichen, dass sich das Gericht, die Staatsanwaltschaft und die Polizei nicht so fühlen, dass das Mediationsverfahren die Autorität der Machtorgane sinkt, oder gerade die Rechte der

⁵⁸ FENYVESI Csaba: A védőügyvéd. A védő büntetőeljárás szerepéről és jogállásáról. Dialóg-Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2002. 95. o.

⁵⁹ UMBREIT, Mark S. – ROBERTS, Warener, A.: Mediation of Criminal Conflict in England: An Assessment of Services in Coventry and Leeds, Center for Restorative Justice and Mediation. University of Minnesota, 1996.

Geschädigten oder der Beschuldigten verletzt. Nach den Erfahrungen der Praxis wuchs die Zahl der Geständnisse seit der Einführung der Mediationsverfahren und auch die Familie der Täter schaltet sich in immer größerem Maß ins Verfahren ein⁶⁰. Im Falle des Geständnisses wächst aber die Legitimation des Urteils und der Richter muss nicht mehr in der Frage der Schuldigkeit das letzte Wort aussagen (es wird auch bestritten), sondern er kann auf die Nebenfragen konzentrieren (so auf den Schadenersatz, auf die Wiedergutmachung).

Dazu, dass das Mediationsverfahren seine Wirkung ausüben und sein Ziel erreichen kann, sind diese Zielsetzungen formulieren. meg kell fogalmazni. Örtliche und ländliche Mediationsgruppen sind zu errichten, die auf die eine Gruppe der Sachen spezialisieren. Die Errichtung des Mediatoren qualifizierenden Organ ist notwendig, damit am Mediationsverfahren tatsächlich gebildete Fachmänner teilnehmen. Die durch das Mediationsorgan aufgearbeiteten Daten sind aber den Verbrechen vorbeugenden Organe zuleiten, um ihre Tätigkeiten zu fördern. Die Anweisung zum Mediationsverfahren müssten nicht nur die Staatsanwaltschaft, sondern auch das Gericht, sogar auch die Polizei berechtigen⁶¹.

Die Anstrengungen im Zusammenhang mit der Gerichtsbarkeit der Vergeltung erreichten nach der Meinung von vielen das entsprechende Ziel⁶². Nicht –oder mindestens nicht in jedem Fall – ist es geeignet, auf die Kriminalität zu reagieren: sie dient weder dem Ziel der Rehabilitation, noch dem des Opferschutzes. Die Mehrheit der Staatsbürger sind nicht rachsüchtig und bevorzugt lieber die Milderung des Rechtsnachteils dem Einsperren gegenüber.⁶³ Das primäre Ziel des Verantwortungsziehens soll nicht die strenge Bestrafung des Täters (im Zusammenhang mit dessen seine Isolierung aus der Gesellschaft), sondern mit der Straftat verursachten Schaden, die Abhilfe der Verletzung sein⁶⁴. Die Tendenzen in Betracht gezogen kann leicht vorausszusagen, dass die Gerichtsbarkeit der Wiederherstellung immer größere Rolle in der Politik der Europäischen Union erwerben wird⁶⁵. Es darf nach dem Anschluss an die Europäischen Union bei der Bestimmung der kurz –und langfristigen Strafpolitik auf keinen Fall außer Acht gelassen werden.

⁶⁰ McELREA, Fred W. M.: The New Zeland Model of Family Group Conferences. EJCP 1998/6. 527-543. o.

⁶¹ VIGH József: A kárhelyreállító (restoratív) igazságszolgáltatás. MJ 1998/6. 333. o.

⁶² Jelen monográfia szerzőjének is volt gyakorlati esete, amikor a letartóztatásban levő (egyébként vagyontalan, jövedelemmel nem rendelkező) személy felajánlotta, hogy megfizeti a sértett kárát, ha cserében az ügyészség szabadlábra helyezi. A Baranya Megyei Főügyészség azonban azt válaszolta, hogy erre bűnüldözési érdekből nem lát módot. Kb. három hónap után – a nyomozás lezárásával – a terhelt szabadlábra került, azonban ezt követően már nem fizetett meg semmit az okozott kárból. S noha a bizonyítás helyzete a három hónap alatt semmit nem változott (a terheltet egyszer sem hallgattak ki vagy szembesítették), a sértett kára valószínűleg soha nem térül meg.

⁶³ GÖNCZÖL Katalin: A nagypolitika rangjára emelkedett büntetőpolitika. JK 2002/5. 199. o.

⁶⁴ VIGH József: A kárhelyreállító (restoratív) igazságszolgáltatás. MJ 1998/6. 333. o.

⁶⁵ Az Európai Unió büntetőpolitikájáról ld.: LIGETI Katalin: Az Európai Unió büntetőpolitikája. ÁJ 2002/1-2. 73-97. o.

Juhász Zita

A phüszisz-nomosz vita

„Πολλα τα δεινα κουδεν ανθρωπου
δεινοτερον πελει.”

„Sok van, mi csodálatos,
De az embernél nincs semmi csodálatosabb”

Szophoklész: Antigoné
Trencsényi-Waldapfel Imre fordítása

1. Az íratlan isteni törvény és a pozitív jog viszonya

Szophoklész i.e. 442-ben bemutatott Antigonéja a címszereplő minden magasztossága dacára, nem a hősnő magatartását idealizálja, hanem a valódi főszereplő, a türannosz Kreón szükségyszerű bukását láttatja. Az alapkonfliktus nem Antigoné és Kreón, hanem Kreón és mindenki más viszonylatában áll fenn.¹ A hatalom birtokosa nem pusztán minden hatalmat, de minden tudást is magának vindikál. Nem hallgat sem az idősekre, a vének tanácsára vagy az agg Teiresziaszra, sem a fiatalokra, a fiára vagy Antigonéra, sem a férfiakra, sem a nőkre, sem az emberekre, sem az isteni jóra, és annak üzenetén valamint Antigoné cselekedetén keresztül az istenekre. A várost önnön birtokának tekinti, legitimációját önmagára alapozza, hatalom és tudás kéttagú azonosságát vallja:

„Akit királlyá tett a nép, követni kell
Minden szavát, legyen jogos vagy jogtalan.”
(666-667)²

Antigoné e jogpozitivizmust a természettörvény fensőbbsege alapján kérdőjelezi és tagadja meg:

„Hiszen nem Zeusz volt az, ki így rendelkezett,
S az alvilági istenek között lakó
Diké sem szab nekünk ilyen törvényeket.
P a r a n c s a i d b a n nem hiszem, hogy oly erő
Lehet, mely engem i s t e n e k n e m v á l t o z ó
I r a t l a n t ö r v é n y é t áthágni kényszerít.
Mert nem ma vagy tegnap lépett életbe az,
De nincs ember, ki tudná, hogy mióta áll.
Az istenek ne mérjenek rám büntetést:
Embertől nem félek, bármily tervet kohol.”

(450-459)³

Ez a türannosz azonban senkitől sem akar tanulni, az abszolút tudás birtokosának tekinti magát, aki nemcsak a szolgálakat, de az isteni jóst is azzal vádolja, hogy megvesztegették. Nem hisz az igazságot ismerő és arról tanúskodó egyik isztór tanúságában sem. Határtalannak hitt tudása és hatalma azonban így védpáncélból kiszolgáltatottjává és börtönévé, magánya kagylóhéjává válik. Mindenki fél tőle, a vak Teiresziasz kivételével, akinek Haimón haláláról szóló jóslata és kritikája nyitná fel végre hatalomtól elvakult szemeit, hogy önnön törvénytelenységét belássa és jóvátegye. A kör azonban bezárul: a kairosz elszállt, a sors, a moira többé nem alakítható, tudása s így hatalma is semmivé enyészik. Hatalom és tudás e szophoklészi természetrajza nemcsak arra figyelmeztet, hogy a tudás - lévén mindig töredékes és egyéni teljesítményként birtokolhatatlan - nem elégséges alapja a hatalomnak, hanem hogy a hatalom szeret a totális tudás birtokosaként mutatkozni. A hatalom által konstruált tudás ellenében egy olyan alternatív tudásra hivatkozik, melynek hatalomra kellene jutnia. Az íratlan isteni törvény olyan

univerzális érvényességüként jelenik meg Szophoklésznál, melynek az emberi törvényhozó engedelmséggel tartozik, ellenkező esetben tudása nem elegendő hatalma megtartásához. Ez az íratlan törvény azonban a hatalommal szembenálló, annak alárendelt embereken keresztül fogalmazódik meg, jut szóhoz. A hatalomnak következképp, isteniként valójában az alárendeltek igényeire kell tekintettel lennie. Ha a hatalom a megfélemlítés és tudáskoncentráció technikájával nem engedi szóhoz jutni az alsóbb szinteken tudásként megfogalmazódó hatalmi igényt, úgy éppen attól a tudástól esik el, mellyel hatalmát megtarthatná. A tudás tehát nem individuálisan, de kollektíve kell hogy előálljon, s ekként ugyanilyen módon a hatalom is. Szophoklész úgy is ábrázolja ezt az íratlan isteni törvényt, mint a türannikus hatalomnak alárendeltek által megfogalmazott kritika hivatkozási alapját. Hatalom és tudás e diszkrepanciája civilizációnk eredete. Ami Platónnál már hatalom és tudás antinómiájává lesz, az kezdetben még csak phüszisz-nomosz vita a Platón és Szókratész által bírált szofisták körében, az egyedül érvényesnek tekintett tudás-totalitásként értett természetjognak alárendelt hatalomról, vagy a természetjognak, pusztán mint a hatalom és az általa létrehozott tudásterrénium (pozitív jog) szükségszerűségének tudásáról.

2. A történeti alkotmány problémái

Az Athénban kifejlő vita alkotmánytörténeti alapja, hogy míg *Drakón* a theszmoszt, az ősi szent szokásjogot „gyűjti össze” s tétélezi normaként, *Szolónnal* kezdetét veszi a racionális alapú törvényhozás. A perzsa háborúk alatt központi súlyúvá növekvő, s csak 462-ben megnyirbált kormányzati és igazságszolgáltatási hatalmú Areioszpagosz rendelkezéseit, a régi törvényt, az arkhaiosz nomoszt azonban szándékosan nem foglalják írásba, tehát az agraphosz nomosz, mint íratlan törvény theiosz nomoszként a jogforrási hierarchia csúcsán állhat - biztosítva a jogrendszer rugalmasságát, tág teret engedve az interpretációnak.

Thuküdidész szerint *Periklész* halotti beszédében i.e. 429-ben úgy jellemzi az athéni demokráciát, mint ami iszonomiát, azaz jogegyenlőséget biztosít polgárainak, (bár az i.e. 451-es visszamenőleges hatállyal felruházott törvény alapján az egyenjogúság alanyi körébe csak azok számítanak, kiknek szülei is polgárjoggal bírtak), s államférfihoz méltóan az agraphoi nomoira hivatkozik: „Mi elsősorban azoknak a törvényeknek engedelmeskedünk, amelyek az igazságtalanságot szenvedőket védelmezik; ezek a törvények nincsenek ugyan írásba foglalva, de megszegésük általános megvetést kelt”.⁴ Ez az agraphoi nomoi érthető arkhaioi nomoiként vagy méltányossági klauzulaként. Az íratlan törvény theiosz nomoszként éppúgy lehet az ősi törvény, mint a természet törvénye, hisz mindkettő íratlan. Mindenesetre az írott törvényekkel szemben az íratlan törvények primátusának hangsúlyozása a méltányosságra, mint a valódi jogegyenlőség zálogára tekint, fakadjon bár ez a régi törvényekből, vagy pusztán azok korabeli interpretációjából. Rávilágít az íratlan törvényeken vagy történelmi alkotmányon alapuló jogrendszer rugalmasságára, interpretációs lehetőségeire. *Khalkedóni Thraszümakhosz*, az i.e. 427-ben már jól ismert athéni rétor és tanár, egy fennmaradt politikai beszédében az Athénban versengő két politikai pártról meg is állapítja, hogy belátás nélkül küzdenek a hatalomért: „Mert miközben meg vannak győződve róla, hogy épp az ellenkezőjét mondják, mint a másik fél, nem veszik észre sem azt, hogy ugyanazt teszik, sem pedig azt, hogy az ellenfél beszéde van benne az ő beszédükben is. Vizsgáljátok már meg egyszer, az elején kezdve a dolgot, mire is törekszik a két párt mindegyike! Először is vizályt szít közöttük az „ősi alkotmány”, amelyet pedig oly könnyű megérteni és amelyhez minden polgár teljesen egyenlő módon hozzátartozik.” Értelmezésében tehát a történeti alkotmány - melynek íratlanságához az arisztokraták ragaszkodnak -, pontosan azt a teljes egyenlőséget biztosítja, amit a démosz követel a természetjogra hivatkozva. Az ősi íratlan törvény így egybeesik a természet örök íratlan törvényével. Az íratlan törvény értelmezéséhez ugyanakkor a hagyományra utal: „ami ebből

személyes tudásunk körén kívül esik, arra vonatkozóan meg kell hallgatnunk a régiek szavait; amit pedig a nálunk öregebbek maguk megéltek, azt tőlük, mint megfelelő tudással rendelkezőktől kell megtanulnunk...”⁵ Az elődök tapasztalataira utalása hasonlóan az előző érvhez arisztokratikusnak tűnik. Minthogy Thraszümakhosz maga nem volt athéni arisztokrata lehetséges, hogy megbízói voltak azok. Ám éppígy az is előfordulhat, hogy a hagyomány racionalitásában hitt. Hisz nem a hagyománnyal legitimál, hanem a hagyományt ismeretforrásként értékeli, s ezzel a hatalomhoz szükséges tudás kollektív természetére figyelmeztet. Az „ősi alkotmány” problematikussága mégis jól érzékelhető. Nem véletlen, hogy majd i.e. 404-ben írásba foglalásával bízzák meg az arisztokrata *Kritiászt* (Platón nagybátyját) és 29 másik törvényhozót, akik aztán inkább még a fennálló törvényeket is eltörölve zsarnokokká válnak. Kritiász egyébként már az i.e. 411-es arisztokrata puccs idején is jeleskedik. *Lükurgosz* tudomása szerint neki köszönhetően továbbfejlesztik az általunk az Antigonéból jól ismert hazaárulókra vonatkozó temetési tilalmat: „a népgyűlés Kritiász javaslatára megszavazza, hogy ítéljék el a halottat árulásért és elrendeli, hogy ha csakugyan áruló léteire temették el az országban, ássák ki a csontjait és távolítsák el Attikából”.⁶ Azaz a holtak felett már Kreón által vindikált joghatóság elemeire bomlik: a büntetőeljárás lefolytatásának és a büntetés végrehajtásának kötelezettségévé, mely utóbbinak exhumálás árán is érvényt kell szerezni. Szophoklész az Antigonében kritikával illeti és tagadja a holtak feletti joghatóság jogát a természetjogra vagy íratlan isteni törvényre hivatkozva, azonban a Kreónhoz hasonlóan arisztokrata Kritiász számára is az íratlan ősi törvény az a tudás-szubsztrátum, mely alapján korlátlannak tekinti hatalmát s mely tudás kizárólagos hordozójaként érti önnönmagát. Az alaptörvények írásba foglalásának hiánya ily módon amennyire rugalmassá teszi az adott jogrendszert, éppannyira a kiszámíthatóság gátjaként meg is merevíti. A formális jogérvényesség igényének említett i.e. 404-es artikulációja előtt már jóval korábban megjelenik a materiális jogérvényesség problematikája. Az íratlan törvények ősiségére hivatkozás már önmagában legitimációs érv, mely ekként legitimációs deficitre utal. Amikor aztán az ősi és íratlan törvény egyben isteni törvény is, a legitimációs szándék már letagadhatatlan. Az arkhaiosz és a theiosz jelző összekapcsolása leleplezi a restaurációs szándékot: a törvény változtathatatlan természetére és emberen kívüli, túli eredetére apellálást. Nem kétséges, hogy ez éppen a változtathatóság igényének fellépésére válasz. Utóbbi igény azonban éppen a hagyományt veti el, mint legitimációs érvet, s új – változtatási igényeinek megfelelő – érvelési alapot keres és kínál. Ezt a konfrontációt jeleníti meg a phüszisz-nomosz vita.

3. A phüszisz-nomosz problematika megjelenése

Bár *Gorgiász* az athéni hősi halottakat magasztaló beszédében úgy emlékezik meg róluk, mint akik „tisztellettjeljesek az istenek iránt igazságosságuk révén” és „jogszerűen viselkednek polgártársaikkal szemben az egyenlőség révén”, azonban ez doxológia, másrészt a múlt idealizálása mindig jelen-kritika.⁷ Az iszonomia és a dikaioszként megnyilvánuló istenek tiszteletének komplementer követelménye egy phüszisznek alárendelt nomoszt mutat, akárcsak a fentebb idézett Periklész beszéd. Nomosz és phüszisz egymásból történő értelmezése már jóval korábban *Hérakleitosznál* és *Pindarosznál* jelentkezik.

Pindarosz így versel: „Halandóknak, halhatatlanoknak egyaránt királya a törvény; hatalmas kezével maga után vonja a legnagyobb erőszakot és szentesíti azt.”⁸ A törvény így olyan szuverén hatalomként, uralkodóként jelenik meg, melynek hatalmában áll kikényszeríteni „a legnagyobb erőszakkal” érvényesülését, „szentesítését”. S a törvénynek ez a hatalma olyannyira univerzális, hogy nemcsak az emberi társadalomban, de az istenek világában is érvényes, mintegy a phüszisz törvényévé válik a nomosz szükségszerűsége. A phüszisz pedig

olyan univerzális jelenséggé szélesedik, mely magába öleli nemcsak az emberi, de az isteni világot is. A phüszisz része következésképp a nomosz.

Hérakleitosznál „ahhoz kell igazodni, ami közös. De bár a logosz közös, úgy él sok ember, mintha külön gondolkodása volna”.⁹ A törvénynek ugyanaz a funkciója a poliszban, mint a rációnak az emberben, ebből származik ereje, ez védi meg. „Ésszel beszélve meg kell erősítenünk magunkat azzal, ami mindenekben közös, mint törvénnyel a város, sőt még sokkal erősebben. Mert minden emberi törvény egyből táplálkozik: az isteniből. Ez ugyanis annyira érvényesül, amennyire akar, és elég az ereje mindennel szemben, és felül marad.”¹⁰ E logosz az örökké változó hérakleitoszi kozmosz objektív alaptörvénye, másként fogalmazva isteni törvény. Ezzel kell megfelelésben lennie a város törvényeinek és az egyén gondolkodásának. Ez a mindenkiben közös alap. Város vagy társadalom és törvény viszonya, egymás mellé rendeltsége pedig természeti szükségyszerűség. Míg tehát Pindarosznál a phüszisz az istenek világát is magába foglaló univerzummá tágul, addig Hérakleitosz számára a mindenekben közös alap a phüszisz, mely logoszként istenivé magasztosul.

4. Kháosz kontra kozmosz avagy a theiosz nomosz kritikája

Thraszümakhosz Hérakleitoszsal ellentétben úgy véli „az istenek nem látják az emberi dolgokat. Mert egyébként nem kerülné el figyelmüket az emberi javak legnagyobbika, az igazságosság: azt látjuk ugyanis, hogy az emberek nem élnek ezzel.”¹¹ A társadalmi igazságtalanság kritikája ily módon jogelméleti kritikához vezet: nem lehet a jog alapja az isteni, hisz a Hérakleitosz által az isteninek tulajdonított erő és hatalom sehol sem ismerhető fel. A tételes jog rendelkezik az erővel vagy érvényességgel, ám az nincsen megfelelésben a természet vagy az istenek törvényeként kívánatosnak és logosz-szerűnek érzett normáival. Az isteni vagy természetjog pedig mivel nem érvényesül nem is jog, másrészt az érvényesülő jog mivel nincsen szinkronitásban a legitimitásához hivatkozott istenivel, valójában illegitim. Kettéhasad így halandók és halhatatlanok egymásra utalt világa s nincsen tovább kapaszkodó, a fél részek önmagukban nem állnak meg: az isteni jog nem jog, azaz a phüszisz nem nomosz, a tételes jog pedig illegitim, mert nem a phüszisznek alárendelt. A phüszisz híján van minden normatív erőnek, a nomosz pedig nem a természet törvényét követve (kata nomon ton tész phüszeósz) tételeződik.

A Sziszüphosz szatírijáték még tovább megy ezen az úton. Az isteni jogot nem hogy jogként kérdőjelezi meg, de a jog eszközeként, a hatalmi elit által létrehozott illegitim jogrend komplementer tudásterrénnumaként azonosítja. A hatalom által konstituált jogrend egyáltalában a hatalom által erőszakolt renddé avanszál, hisz ábrázolásában már pontosan a kezdeti káoszt váltotta fel a törvény zsarnoksága, mely a vallásnak egy halandó férfiú általi bevezetésével a magánélet legrejtettebb zugát is közéletté, istenek által látottá téve, mintegy bevezette a gondolatrendőrséget, a totális zsarnokságot. „Hajdan rendezetlen volt az ember élete, - a nyers erő vezette, mint az állatét, - midőn jutalmat nem várhattak még a jók, - s a rosszakat nem érte semmi büntetés. – Az emberek csak aztán hozták, azt hiszem, - büntetni törvényt – így lett zsarnokká a jog, - s rabszolgává a gőg s a bűn minden faja; - mert büntetés sújtotta azt, ki vétkezett. – Aztán, mikor törvények tiltották a nyílt – erőszakot, s titokba rejtették a bűn, - úgy vélem, egy bölcs, nagy tudású férfiú – akkor találta ki azt, hogy vannak istenek – az ember számára – hátha félnek így – titokban vétket elkövetni, sőt: gonosz – beszéddel is, vagy gondolattal ártani. - ...”¹² Nem a „természet rendje” következésképp a rend, nem nomosz phüszeósz a kozmosz, a természetben nincsen is rend. A kháosz a természeti állapot s nem a rend, a kozmosz. A „nyers erő” vagy hatalomra törekvés természeti jelenség, de a rend és a rendezés már éppen ennek a hatalomnak az aktusa, mellyel a természetet hatalma alá vonja, a kháoszt kozmoszá transzformálja. S az elsődlegesen jogrendként megmutatkozó hatalom

szekunder hatalmi instrumentuma a vallás. Ha „egykor egy bölcs így beszélt rá a halandókat, hogy istenekben higgyenek”, akkor a tudás által lehetséges hatalomra szert tenni s a hatalmat fenntartani, azonban ez a tudás „hazugság köntösébe öltöztetett igazság”, „költött drága tan”, tehát a hatalom igazsága, a hatalom által önmaga érdekében létrehozott tudás. Nem ideális, de szituatív és érdekek mentén előálló, érdekeinek megfelelően idealizált tudás.

Az isteni legitimitációt bírálja *Prodikosz* is, aki szerint „azokat a dolgokat vették istenzámba, amik hasznára voltak az embereknek életük során”. Racionális valláskritikájában „azt állítja, hogy az ősidőkben az emberek a Napot és a Holdat, a folyókat és forrásokat, és általában mindazt, ami életünk számára hasznos, az általuk nyújtott haszonért istennek tartották”.¹³ Az istenhit tehát nem valami kinyilatkoztatásszerűen készen és felülről kapott ideális tudás, hanem érdekek mentén kibomló tudásként mutatkozó technika. Ily módon aztán az isteni törvény nem is lehet elégséges alap a tételes jog legitimitálására, hiszen nem az előbbi az utóbbi forrása, hanem fordítva: a tételes jog az általa nyújtott haszonért tekinti isteni eredetűnek a jogot - megerősítve önmagát s megerősítve hadállásait.

A theiosz nomosz kritikája ekképpen ahhoz a belátáshoz vezet el, hogy a hivatkozott isteni vagy természetjog valójában nem jog, hanem a jog által előállított legitimitációs bázis, s mindeközben a tételes jogot megelőzően nincsen más, mint káosz.

5. A nomosz mint nomosz phüszeosz avagy a phüsziszből következő nomosz

Bár maga az i.e. 443-ban Thuroi alkotmányozásával megbízott *Prótagorász* is úgy vallja: „az istenekről nem tudhatom sem azt, hogy vannak, sem azt, hogy nincsenek” s ezért később a nevezetes és jellemzően szofistákat sújtó aszebeia vádjában el is ítélik, mégis a phüszisz érv héraikleitoszi olvasatához marad közel. Platón róla elnevezett dialógusában Prótagorász logosz helyett mítoszban fejt ki nézeteit. Eszerint az eredeti állapotban jogtalanság, s így pusztulás uralkodott az emberek között. Zeusz elküldte hát nekik aidósz és dikét, azaz a tisztességérzetet (vagy becsületet) és a jogot úgy, hogy mindannyian részesüljenek belőle. Zeusz érvelése szerint ugyanis, ha nem mindannyian, csak kevesen részesülnek adományaiból, úgy nem jöhetnek létre államok. Kihirdeteti törvényét, hogy „aki képtelen a tisztességérzést és a jogot magáévá tenni, meg kell halnia. Mert ilyen az állam rákfenéje” – teszi hozzá.¹⁴ Ebben a mítoszban kifejezett gondolatmenetben káosz a természeti állapot, mely a jog által válik rendezetté, koszmosszá. Azonban a tételezett jog kívánalma természeti szükségszerűség, hiszen nélküle csak pusztulás volna lehetséges, a természet törvénye pedig a pusztulás elkerülésére törekvés. E természetjog által szükségszerűen megalkotott állami törvények áthágása azután ugyancsak a természet törvényeként büntetendő államilag, hiszen aidósznak és dikének egyenlőképpen kell eloszlania az emberek között. Az „állam rákfenéje”, hogy természetjogilag legitimitását az adja, hogy rendként a káoszban a paralel önhatalmak által veszélyeztetett életet célja szerint mindenkinek egyenlő mértékben biztosítja, e funkciója betöltésekor azonban szükségszerűen a minden egyes összege értelmében fellépő hatalomként az iszonomosz (politeia) jegyében éppen ezt vonja el az őt megtagadóktól. Az állam a létérvényét megtámadók életére tör, az élethez való jogukat visszavonva. A természetjog a halál elkerülésére-elodázására törekvés, az ezt egyedül biztosítani tudó állam azonban hatalomként nemcsak élet, de élet és halál urává válik.

Anonymosz Iamblikosz ugyancsak a törvényeknek és az igazságosságnak tulajdonít államot összetartó erőt, azaz a törvények szükségszerűségét tekinti természetjog törvénynek. Érvelése szerint „az emberek természetüknél fogva képtelenek a magányos életre, ezért a szükség készíti őket arra, hogy közösséggé egyesüljenek”. „Ám együtt lakni és mégis törvények nélkül élni nem lehetséges”, sőt a magányos életnél is károsabb. „Ez teszi szükségessé, hogy az embereken a törvény és a jog uralkodjék s ezek soha ne változzanak meg: erejük a természettől való” –

hangzik a konklúzió, hozzátéve, hogy „maga az erő is, bármilyen erő legyen, csupán a törvény és a jog által állhat fönn”. A jog tehát társadalomstrukturáló tényező, a társadalomnak pedig szükségképpen jog által strukturálnak kell lennie. A jog a hatalom eszköze, az erő a jog által képes hatalommá válni és társadalommá rendezni a természetet. A szerző ezek után érzékletesen ábrázolja a két végpontot: a nomosz uralta dikaiosz szituációt és az anomia adikosz állapotát. A stabil jogrend a gazdasági, társadalmi és politikai élet alapja. Lehetővé teszi a hitelt, mely által válhat közhasználatúvá s így elegendővé a pénz, melynek köszönhetően fel lehet készülni a jövő váratlan eseményeire. Megvalósulhat a társadalmi újraelosztás: „a hátrányos helyzetűeket pedig a tehetősek segítik a törvényesség biztosította társas érintkezés és a hitel révén”. Pártharcok helyett az emberek a munkának élhetnek, kiszámíthatóvá válik a jövő, „nem kell tartaniuk attól, hogy a következő nap változást hoz” s a háború is kevésbé veszélyezteti a szilárd jogrendben élő poliszokat. A stabil és érvényes jogrend hiánya ellenben pártharcokhoz, gazdasági felhalmozáshoz és pénzhányhoz vezet, nem kiszámítható a jövő, „félelmetes az ébredés”, külső háború és belső polgárháború fenyeget. Legfőbb veszélye pedig zsarnoksággá alakulása, mert zsarnokság csak törvénytelenység talaján támadhat.¹⁵ Vagyis Anonymosz Iamblikosz szerint ellenkező esetben a törvények uralkodnak személytelenül és nem zsarnok módra, jóllehet korábban maga ismerte el, hogy a törvények a hatalomként előálló erő eszközei. Zsarnokság alatt következésképp a természeti állapot káosztát, azaz a rend hiányát érti. Két választási lehetőség van így csupán: a káosz és a rend vagy koszmosz, s természetesnek tekinti a rendezés aktusának hatalmi jellegét, evidenciának pozitív jog általi megvalósítását.

Lükophrón akként finomítja a törvény hatalomhoz kötött természetét, hogy szerződésnek tekinti és kezesnek az egymás közötti jogra, a felek egyenrangúságát hangsúlyozva. Prótagorással szemben azonban nem fogadja el, hogy az állampolgári erény, neveléssel valamint egyáltalában a közösségben éléssel elsajátítható. Szerinte a törvény „nem tudja jókká és igazságszeretőkké tenni a polgárokat”.¹⁶ Természeti szükségszerűség a kölcsönös önkorlátozás kívánalma, de éppígy természeti törvény az önhatalomra törekvés. A törvény, mint kölcsönös társadalmi szerződés és ugyanakkor az annak teljesülését biztosító mellékkötelezettség, már nem természeti, de társadalmi képződmény, mely csak önként követhető, mely az önhatalomra törekvés természeti törvényét felülmúlni nem képes. Ily módon bár természettörvény a pontszerű önhatalmak állammá szerződése s ez a szerződésként értett jogrend azután mintegy kezesként szavatolja is az egyénileg szerződésszerűen korlátozott önhatalmak ilyen érvényesülését, ez azonban nem ad alapot semmilyen idealizmusra, az önhatalom par excellence természeti törvényét kioltani nem képes. A phüsziszből következik bár a nomosz, de a phüszisz továbbra is érvényben marad s a nomosz ereje sok esetben alulmarad a phüsziszéhez képest.

A Disszoi logoi, mely egy ifjú szofista növendék által készített előadás-jegyzet, a hérakleitoszi érvhez hasonlóan a törvények hely-, idő- és kultúrafüggő változatosságát konstatálja. Érvényességi kritériumuknak viszont a prótagorászi kairooszt tekinti: „És ezen a módon megkülönböztetve a halandóknak különböző törvényeit látod: egyikük sem helyénvaló valamennyi ember számára és nem is szégyenletes, hanem a *καίρως* teszi, megragadván őket, szégyenletesekké, majd megváltoztatván helyénvalókká”.¹⁷ Nyíltan megfogalmazódik itt a jog változtathatóságának igénye, mint a jog fogalmának differencia specificája, s mint formális jogérvényességi kritérium. A tisztségek sorsolás útján történő betöltését szintén kritikával illette a szofista hallgató által megörökített előadó, mint ami szakértelem és lojalitás híján éppen nem demokratikus. Véleménye szerint a szofistának „mivel pedig ért a perbeli védekezéshez, helyesen kell ismernie az igazságot. A jogi ügyek ugyanis ekörül forognak”. Magát a szofista jogi tevékenységet kifejezetten szakmának tekhnének tekinti, mely szakértelmet gnómét vagy tudást szofiát kíván: „Ismernie kell valamennyi törvényt. Mármost ha nem ismerné a cselekedeteket, a törvényeket sem ismerné.”¹⁸ Azaz a jog a valóságot követi, s a kairoosz révén az adott aktualitáshoz kötődik. A jog szükségszerűsége a természettörvény, s tartalmának folytonos módosulása az adott körülményekhez igazodva. A kairoosz vagy kellő pillanat a sors,

a moira alakításának lehetősége, azaz annak potenciája, hogy a káosz kiszolgáltatottsága a rend, a koszmosz potenciáljává váljék. Egy olyan kellő pillanathoz kötött szituatív tudás áll elénk, mely a hatalom előállítására és annak fenntartására képes.

6. A phüszisznek alárendelt nomosz követelménye

*Antiphón*mál aztán a phüszisz-nomosz alapú kritika, jelentős hangsúlyeltolódáson megy keresztül. A nomosz phüszisz nem a tételes jog szükségszerű létének indukálója, hanem éppen érvényességének megkérdőjelezője, akárcsak a Sziszüphosz szatírjátékban. „A törvény parancsait ugyanis meghozták, a természet parancsai ellenben szükségszerűek.”¹⁹ A tételezett jog a természettörvény szükségszerű kényszerítő erejével szemben pusztán konvencionális és éppen nem a természettől létező jelenség. Phüszisz és nomosz viszonya így módon nem komplementer, hanem ellentétes. *Antiphón* indokoltnak látja végiggondolni a problémakört, „mert a legtöbb dolog, amit törvény szerint igazságosnak tartunk, ellenségesen áll szemben a természettel”. A törvények ugyanis a szem, a fül, a nyelv, a kéz, a láb és az értelem szabályozói, „megszabják mit kell és mit nem szabad megtennie” az adott testrészeknek.²⁰ Emberképe egy természetes vágyakból és hajlamokból álló embert mutat, kinél az értelem is pusztán egyike az érzékszerveknek. A jogi norma kettős természetére reflektál, miszerint előír és tilt, míg a természettörvény szabadságot biztosít. A jog rendez, míg a természet a káosz szabadsága. A törvényi parancs és a természettörvény összeegyeztethetetlen. A természetben az élet és a halál is természetes, ezért „a természet számára semmivel sem kedvesebb vagy természetesebb az, amit a törvények tiltanak az emberek számára, mint amit parancsolnak”.²¹ Tehát például a gyilkossági és egyéb tartózkodást előíró tilalmak nem állnak közelebb a természettörvényhez a tevőlegesen kötelező parancsoknál. Ámde „az élet a hasznos, a halál a káros dolgok következménye”.²² Azaz a dikaiosz és adikosz ellentételezéssel szemben a természetben hasznos és káros megkülönböztetése érvényesül. „Azok a dolgok, amelyeknek hasznos voltát a törvény szabta meg, béklyói a természetnek, míg amelyeknek hasznos volta a természettől való, szabadok.”²³ Cáfolja az önmegtagadás természetességét és hasznosságát. Így aztán az igazságosság leghasznosabb alkalmazásának azt ítéli, hogyha az ember „tanúk előtt cselekedvén tartja a törvényeket; ám egyedül és tanúk nélkül a természet parancsai szerint jár el”.²⁴ Bár káros a természettörvénnyel összeegyeztethetetlen pozitív norma követése, tanúk előtt mégis javasolt a szégyen és a büntetés elkerülése végett. Hisz a tanúskodás révén igazság és hatalom kerül szembe egymással. E tanú-problematikával a jog érvényesülésének korlátjára hívja fel a figyelmet, szembeállítva azt a természet törvényének érvényesülésével. Utóbbi megsértése ugyanis éppen akkora kárt okoz tanúk nélkül, mint tanúk előtt. „Mert nem a vélelem szerint, hanem valóságosan árt önmagának, aki így tesz.”²⁵ A jogi norma kényszerítő ereje pusztán vélelmen alapul, mégpedig azon, hogy megszegése káros az emberre. Mindazonáltal a polgárok e vélelem ellenére is általában csak tanúk előtt mutatnak jogkövető magatartást. Ez a vélelem ugyanis éppen ellentétes a realitással, melyben a természettörvény megszegése valóságosan káros az egyénre nézve. Későbbi gondolatmenetében már nem csak az érzékszervek talajáról támadja a tételezett törvényeket. Hiszen a jogi norma éppúgy dikaiosznak ítéli az elszenvedett igazságtalanság elleni védekezést, mint azt ha „maga nem kezd igazságtalanul cselekedni”.²⁶ A jogrend elismeri a védekezésre való jogot, azonban pozitívan értékeli az önhatalomról való lemondást. *Antiphón* szemében viszont a védekezéshez való jog természettörvény, mely nem is jog, de kötelezettség, ezért áll diszkrepanciában az önhatalomról való lemondással. További példák felsorolása után megállapítja, hogy ha a törvény győzelemre segítené azokat, akik a tételes jogi normákat a természettörvény mentén kívánják kialakítani, „akkor nem volna hátrányos dolog a törvényeknek való engedelmeskedés”.²⁷ Ennek a

természettörvény-pártiak győzelmét elősegítő törvénynek természetesen magának is tételes jogként kellene előállnia. Azaz az örök természettörvényre azért hivatkozik, mivel a pozitív jogi normák változtatását szeretné elérni. Phüszisz és nomosz kibékíthetetlen ellentétére a nomosz phüszisznek alárendelése lenne az egyetlen megoldás. Azonban a jogrend nemcsak hogy a természettörvény érvényesülését „nem segíti elégséges módon”, de fennállása sem a jogtalanság elszenvedését, sem elkövetését „egyáltalán nem akadályozza meg”.²⁸ A jog valójában nem érvényesül.

A tanú, az isztór jogintézményének kritikája következik ezek után, melyen az egész újonnan létrejövő görög igazságszolgáltatási berendezkedés nyugszik. Bár dikaiosznak és hasznosnak tételezett a jog szerint, valójában „mégsem igazságos a tanú, hiszen az az igazságos dolog, ha nem követünk el igazságtalanságot olyannal szemben, akitől nem is szenvedtünk el ilyesmit”.²⁹ A tanú, mint az eljárás független szereplője ekként „szükségképpen igazságtalanságot követ el valamiképpen akkor is, ha az igazat mondja”.³⁰ Ráadásul, ha a tanú vallomása alapján a vádlottat elítélik, vallomása igazsága ellenére ellenségévé válik az elítélt a tanúnak, s igyekszik majd ártani neki. Antiphón érvelésében a tanú valójában nem maradhat független, „nem lehetséges ugyanis, hogy ezek a dolgok igazságosak legyenek és hogy az illető ne is kövessen és ne is szenvedjen el igazságtalanságot”.³¹ Végső jogérvényesség kritikája így hangzik: „Úgy tűnik, sem a bíraskodás, sem az ítélkezés, sem az ítélet végrehajtásáig folytatott életmód nem igazságos (δίκαιο). Ami ugyanis az egyiknek hasznos, az a másiknak ártalmas. Ebben a helyzetben nem szenved el igazságtalanságot az, akinek hasznára van a dolog, de már akinek kára származik belőle, igazságtalanságot szenved el...”³² A dikaioszt tehát pusztán mint legitimációs technikát leplezi le, rámutatva miként rendezik a jog alkotói és alkalmazói a természet szabad káoszát egy olyan renddé, ahol a tanú, látszólag a hatalom nélküli igazság jegyében az igazság nélküli hatalomra támad, valójában azonban tudás és hatalom mindig együtt járó és egymást generáló játéknak részesévé és erősítőjévé avanzsál. Együttal megkérdőjelezi a mindenki nevében fellépő hatalom újonnan előálló jogalanyiségének létérvényét, hiszen az isztór tanúsága nem az igazságról tett független vallomás, hanem a büntető ügyben az állam javára, míg polgári perben a pernyertes javára hatalomként beszámítódó tudás. A büntető eljárásban harmadik félként, majd abszolút értelemben sértett félként megmutakozó állam, voltaképpen a hatalom kumulálódása, hiszen a természettörvény értelmében nem létező fél. A természetjogban mindig csupán két fél áll szemben egymással. Így aztán a tanú nem a független és igazság-birtokos harmadik fél szupremáciájának közreműködője, hanem a mindenkor szembenálló pusztán két fél egyike pozíciójának erősítője s a másik gyengítője. A tanúskodás jogintézménye ekként csak látszólag termeli ki az igazságon alapuló rendet, valójában maga a jogrend tartja fenn rajta keresztül saját szupremáciáját s tünteti fel univerzális színben partikuláris és mindig érdekek mentén mozgó szinguláris igazságát. A jogrendet mindig konstituáló mindenkori aktuális hatalmi elit azután e berendezkedésen és hatalmi technikán keresztül nem leképezi a valóságot, hanem megteremti, strukturálja, módosítja és befolyásolja. A tanúságtételen és nyomozáson keresztül előálló perbeli valóság, mely végül a peren keresztül egyetlen realitássá válik, nem az igazság megvalósítása, hanem a hatalom tudásként előálló technikája. Nem az univerzális igazság szimbóluma, hanem a szimbólum technikáján keresztül előálló univerzálisnak mutakozó részleges igazság.

7. A nomosz mint a phüszisz tagadása

Éliszi Hippiász az arisztokrata Platón ábrázolásában szintén természettörvény és társadalmi norma feszültségét érzékeli, utóbbin a természet szerint minden emberre kiterjedő egyenlőséget számon kérve. Közönségét megszólítva arra hivatkozik, hogy „a természet szava, nem pedig a törvény betűje szerint” „valamennyien rokonok, egymáshoz tartozók és polgártársak”. „Hiszen

a hasonló természettől fogva rokona a hasonlónak, a törvény pedig, az emberek zsarnoka, sok esetben erőszakot követ el a természeten.”³³ A jog ily módon nála is a hatalom vagy hatalmi elit eszköze és fenntartója, s e rend nem a szabadság rendje, de korlátozója. A rend nem a szabadság elérésének eszköze, de a szabadság tagadása. A szabadság a káosz attribútuma s nem a rendé, a rendnek ellenben éppígy attribútuma a zsarnokság, a szabadság hiánya és tagadása. A nomosz tehát éppen nem a phüsziszből következik, de a phüszisz tagadása.

Platón Gorgiászról elnevezett dialógusában a szofista *Kalliklész* Éliszi Hippiással együtt a phüszisz tagadásaként ismeri fel a nomoszt, azonban vele ellentétben, nem az egyenlőség, de az erősebb jogának alapjaként érvel a természettörvény mellett. Természet és törvény, szerinte is „igen sokban ellenkeznek egymással”.³⁴ Amíg ugyanis az állami törvény inkább a jogtalan cselekedetre (az aktivitásra) sújt le, addig a természet a jogtalan szenvedéssel (a passzivitással) ellentétes. Így a jog passzivitásra kényszerít akkor, amikor a természet törvénye az aktivitás lenne. Más jogtalan tetteit eltérni azonban nemcsak hogy férfiatlan, de „ez csak rabszolgának való, akinek jobb meghalni, mint élni”, hisz sem magát, sem hozzátartozóit nem képes megvédeni. Mivel a jog nem propagálja a jogsérelem önhatalmú elhárítását, sőt tiltja azt, ezért *Kalliklész* szerint a törvények szerzői a gyöngé emberek és a tömeg. „El akarják ijeszteni az erősebb s mindenben tehetősebb embereket, hogy ne törjenek többre, mint mások; azért mondják, hogy a hatalmi vágy rút és jogtalan; sőt hogy a jogtalanság épp abban áll, ha valaki hatalomból, vagyomból nagyobb részt kíván. Ők maguk, mint hitványabbak, boldogan beérik az egyenlő mértékkel.”³⁵ A társadalmi újraelosztást sérelmező vélhetően vagyonos *Kalliklész* azzal érvel, hogy nem pusztán természet szerinti, de egyenesen a természet törvénye az, hogy az erősebbnek, hatalmasabbnak, derekabbnak többje legyen. Példának hozza fel az állatvilágot, az Athénon kívüli államokat, nemzetségeket és még Xerxészt is. Elárulja így, hogy csak Athén demokratikus berendezkedésével, s annak gazdasági következményeivel van baja. Egyedül Athén törvényei ellenkeznek a természettörvénnyel, a természet törvényei pedig fellelhetők az Athénon kívüli államokban is. Saját „kieszelt törvényük” ugyanis a nevelés által megakadályozza a természetes kiválasztódást, a gyermekeket szolgává teszi, „untalan azt hirdetve nekik, hogy tisztelni kell az egyenlőséget, mert így van ez szépen s igazságosan”.³⁶ Nietzsche megelőlegezve kiált fel *Kalliklész*, hogy „De aztán ha előlép egy nagyra termett férfiú s lerázza magáról tanításainkat, szétszakítja, elkerüli vagy lábbal tapossa rendeleteinket, ráolvasásainkat, varázsigéinket, természet ellen való törvényeinket mind, s rabszolgánkból, aki volt, urunkká lázad fel: ekkor lobban elő fénnel a természet joga”.³⁷

8. A phüszisz nomou avagy a törvény természete

Thraszümakhosz a Sziszüphosz mítosz szerzője és Antiphón totális kritikája szellemében, de már explicite társadalomtudósként érvel, amint az Platón Államából kitűnik. A mű kulcsproblémája az igazságosság, a dikaiosz kérdése. *Thraszümakhosz* először is visszautasítja a bevett definíciókat, melyek hasznosként vagy kötelezőként azonosítják azt. Ő ugyanis jogász módjára a valóságban megfigyelhető jelenségeket tipizálni kívánja, az azokból absztrahálható tipikust keresi. Tézisében „az igazságos dolog az, ami az erősebb érdekét szolgálja”.³⁸ Megjelenik tehát egy új leíró kategória. Érvelésében megkülönbözteti a türannikus, a demokratikus és az arisztokratikus államberendezkedést. Szociológiai tényként megállapítja, „hogy minden államban a vezető réteg képviseli az erőt”.³⁹ A dikaiosz ekképpen államformától függetlenül, a vezető réteg vagy uralkodó kormány érdekét szolgáló. Ennek alátámasztására szándéka szerint ismét szociológiai megfigyelést tesz: „mindegyik kormányzat a maga érdekének megfelelően alkot törvényeket: a demokratikus kormányzat demokratikusakat, a türannikus türannikusakat, és így tovább”.⁴⁰ Mivel a törvényhozás szerinte a törvényhozó érdekeit követi, dikaioszként pontosan az lesz tételezve s megsértése adikoszként megtorolva:

„e törvényalkotás által alattvalóiknak éppen ezt: a maguk érdekét nyilvánítják ki igazságosnak, s aki ettől el mer térni, azt – mint törvénszegőt és vétkest – megbüntetik”.⁴¹ Bár az erő és az érdek kategória hasonlít a phüszisz-nomosz vitán belül megjelenő erősebb joga érvelésre, valójában ennél sokkal többről és egészen másról van szó. A jognak magának is alapvető jellemzője kikényszeríthetősége, azaz ereje. Thraszümakhosznál ez az erő már megalkotása pillanatában jellemzi a jogot, azaz valójában magát a jogalkotót. A jog hatalmat eredményez és feltételez. Előzetes feltételként teljesülnie kéne a jogérvényesülés követelményének, de Thraszümakhosznál a jog éppen az, aminek érvényesülése kikényszeríthető, aminek létét és érvényesülését a hatalom generálja. Jogászai tipizáló látásmódjában a jog megalkotása éppen úgy érdekek mentén mozog, mint minden más tevékenység. Az tehát a természet törvénye, hogy a tetteket érdekek hívják életre. A társadalmi-, politikai-, jogi valóság tipikus jellemzőinek leíró megragadására törekszik. A phüszisz törvényei helyett ő a polisz jogi berendezkedésének törvényeit kívánja felmutatni, lévén mindkettő egyaránt a rendként értett kozmosz része. Nem a nomosz phüszeoszt (a phüszisz nomoszt), hanem a phüszisz nomout (a nomosz phüsziszt) kívánja megragadni. Antiphónnal ellentétben így nála a phüszisz nem a nomosz-kritika alapja s nem a nomosz által elérendő ideális állapot, pusztán a valóság szerkezetének, a kozmosznak illetőleg azon belül a polisznak és a hozzá tartozó nomosznak a leírása. Ábrázolásában az adott állam jogrendje nem szorul külső legitimációra, egyszerűen amíg jog addig érvényesül és amíg érvényesül addig jog. A hatalomra törekvés a természettörvény vagy nomosz phüszeoszt: hogy a káoszt rendd, kozmoszá téve uralmunk alá vonjuk s hogy a hatalom és a tudás mindig együtt jár, hogy a hatalom létrehozza a saját tudását, önnön rend-koncepcióját és az azt biztosító törvényeket s lévén hatalom ki is kényszeríti azok érvényesülését.

A phüszisz-nomosz diskurzus lehetséges érvrendszereit végigkövetve a dikaios e szofista módra deskriptív definíciójához érkeztünk, melynél ma sem lehetünk többre képesek. Platón számára azonban ugyanez nem bizonyul elégséges alapnak és a dikaios valóságstruktúrából értékke, preskriptív vagy normatív kategóriává válik. Amikor aztán leírhatóból elérendővé és így elérhetlenné magasztosul a dikaios, kibékíthetetlen ellentétté és egymás tagadásává válik Európa történetében filozófia és politika, igazság és jog, utóbbin belül természetjog és pozitív jog. Így végül jóval Nietzsche után, megint közelebb kerülünk a valósághoz az ideák világából, s rájövünk arra, hogy Szophoklész szerint a „kormányzó törvények tudományát kitaláló” ember nem az a δεινός, aminél nincsen csodálatosabb, hanem az, aminél nincsen csodálatosabb, de rettenetesebb és siralmasabb sem...

Jegyzetek

¹ Foucault, M.: *Az igazság és az igazságszolgáltatási formák*. Ford.: Sutyák Tibor. (Latin Betűk, Debrecen, 1998.)

² Szophoklész: *Antigoné*. Ford.: Trencsényi-Waldapfel Imre In: *Sophoklés összes drámái*. Szerk.: Szilágyi János György és Trencsényi-Waldapfel Imre. (Franklin Kiadó, Budapest, 1950)

³ Szophoklész: *Antigoné*. Ibid

⁴ Thuküdidész, *A peloponnészoszi háború*. Ford.: Muraközi Gyula (Budapest, 1985.), II. 37.

⁵ Steiger Kornél szerk., *A szofista filozófia. Szöveggyűjtemény*. (Atlantisz Könyvkiadó, Budapest, 1993.), 49.

⁶ Ibid 25.

⁷ Ibid 35.

⁸ Platón, *Gorgiasz*. In: Platón Összes Művei I-III. (Európa Könyvkiadó, Budapest, 1984.) I., 569.

⁹ Hérakleitosz B 2. Ford.: Kerényi Károly In: Görög gondolkodók 1., (Kossuth Könyvkiadó, 1992), 31.

¹⁰ Hérakleitosz B 114. Ibid 40.

¹¹ Steiger Kornél szerk., vj. 4., 50.

¹² Ibid 85-86.

¹³ Ibid 44-45.

-
- ¹⁴ Platón, *Prótagorász*. 320d-322d. In: Platón vj. 7.
¹⁵ Steiger Kornél szerk., vj. 4., 100-105.
¹⁶ Ibid 37.
¹⁷ Ibid 112.
¹⁸ Ibid 119-120.
¹⁹ Ibid 61.
²⁰ Ibid 62.
²¹ Ibid 62.
²² Ibid 62.
²³ Ibid 62.
²⁴ Ibid 61.
²⁵ Ibid 62.
²⁶ Ibid 62.
²⁷ Ibid 63.
²⁸ Ibid 63.
²⁹ Ibid 64.
³⁰ Ibid 64.
³¹ Ibid 64.
³² Ibid 64.
³³ Platón, *Prótagorász*. 337d. In: Platón vj. 7.
³⁴ Platón, *Gorgiasz*. 438a. Ford.: Péterfy Jenő. In: Platón vj. 7.
³⁵ Ibid 483c
³⁶ Ibid 484a
³⁷ Ibid 484a-b
³⁸ Platón, *Állam*. 338c. Ford.: Szabó Miklós. In: Platón, vj. 7., II.
³⁹ Ibid 338d
⁴⁰ Ibid 338d
⁴¹ Ibid 338d

Kiss Zoltán

Nótári Tamás: Jog, vallás és retorika

(Második bővített és átdolgozott kiadás) Budapest, Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, 2008.
356 old.

Nótári Tamás *„Jog, vallás és retorika”* című monográfiája, amely immáron második, bővített és átdolgozott kiadását érte meg a Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó gondozásában,¹ Marcus Tullius Cicero által Lucius Licinius Murena védelmében elmondott védőbeszédének, a *Pro Murenának* komplex és sokrétű elemzése. A mű nem a teljes beszédet veszi górcső alá, hanem annak huszonhatodik és huszonhetedik paragrafusát vizsgálja római jogi, vallási és retorikai kontextusban. Ez a fajta egyéni, összetett látásmód Nótári munkájának kiemelkedő aspektusa, így számos tudományág módszereinek felhasználásával egyszerre tárja az olvasó elé jog-, irodalom- és vallástörténeti, valamint retorikai és filológiai elemzését. A címben foglalt jog, vallás és retorika a korabeli római viszonyok között szorosan összefüggő intézmények voltak, ezért a szerző, hogy koherens képet adjon a védőbeszédéről, a kötetben ennek megfelelően szoros egységben vizsgálja őket.

A szerző a címben foglalt három elem, a jog, a vallás és a retorika összekapcsolását a következőképpen magyarázza: „*Cicero oratiói gyakorlati motivációból születtek, a belőlük a kor jogi és vallási rendjéről leszűrhető tanulságok szükségszerű következmények, a bennük taglalt jogi témák inkább eszközei, mint céljai a szónoknak; e beszédek vizsgálata során nem választhatjuk szigorúan ketté a jogi és a filológiai kérdésfelvetéseket, egyik aspektusnak a másik rovására történő, kizárólagosságra törekvő érvényesítése a forrás szerves egészének, strukturális egységének megcsonkítása a komplexitásra törekvő Cicero szellemiségével ellentétes közelítésmód volna. Rómában, kiváltképp az archaikus kor Rómájában a jogi és szakrális képzetek szerves egységet alkottak, elhatárolásuk mai rendszertani fogalmaink szerint indokolt lehetne ugyan, ám nehezen kerülhetnénk el az általunk használt kategóriáknak az antikvitásba történő indokolatlan és kényszeredett visszavetítésének veszélyét. Talán közelebb juthatunk a vallási és politikai tevékenységet szinte azonosnak tekintő rómaiak gondolatvilágához, ha megkíséreljük e komplexitást elfogadni, annál is inkább, mivel Cicero a *Pro Murenában* idézett – a *legis actio sacramento* és a *coemptio* egy momentumát felvillantó – példái épp a *ius* és a *sacrum* organikus egységének korából származnak.*”

Szerkezetileg a mű három fő fejezetre tagolható, melyben az első fejezet „*A Pro Murena történeti, jogi és retorikai háttere*” címet viseli. Ennek a szerkezeti egységnek az elején a szerző a Kr. e. 63-ban elhangzott beszéd történeti hátterét, majd az *oratio* szerkezetét tekinti át, ezután pedig tekintettel arra, hogy a Murena elleni vádemelésre a *Lex Tullia de ambitu* alapján került sor megvizsgálja a *quaestiones* kialakulását, valamint a választási csalás, vesztegetés szabályozását, illetve a Quintus Tullius Cicerótól (Marcus öccsétől) származó *Commentariolum petitionis* mint kampánystratégiai iratot² és a *collegiumok* szerepét a választási küzdelemben. A Lucius Licinius Murenát ért vád, a *crimen ambitus*, azaz a választási csalás, vesztegetés vonatkozásában a szerző az érvényben lévő jogi szankciók történeti áttekintését tárja az olvasó elé. Ezen alfejezetből kiderül többek között, hogy Róma hosszú ideje kénytelen volt szembesülni a tisztségekre pályázók által elkövetett különféle visszaélésekkel, éppen ezért széleskörű jogi szabályozással lépett fel a választások tisztasága, illetve a lehetséges jogsértések visszaszorítása érdekében. A közéleti, politikai szerepre pályázóknak elemi érdeke volt, hogy tisztázzák magukat a velük szemben esetlegesen felmerülő *ambitus* vádja alól, mivel bizonyítottság esetén e vád jogvesztő érvényű volt

¹ Az első kiadás 2006-ban jelent meg a szegedi Lectum Kiadó gondozásában. (A monográfia rövidített, angol nyelvű változata szintén az idén jelent meg – Nótári, T.: *Law, Religion and Rhetoric in Cicero's Pro Murena*. Passau, Schenk Verlag, 2008.)

² Ennek kommentárral és bevezetéssel ellátott fordítását lásd Németh Gy.–Nótári T.: *Hogyan nyerjük meg a választásokat? Quintus Tullius Cicero – A hivatalra pályázók kézikönyve*. Szeged 2006

hivatalba lépési szándékuk szempontjából. A következőkben Lucius Licinius Murena pályafutása kerül bemutatásra és olvashatunk arról, hogy Cicero milyen szerepet tulajdonít a háborúnak és a katonai dicsőségnek, hiszen a *contentio dignitatis* során számos esetben nem csupán a két *consul*jelölt személyét, hanem az általuk kifejtett tevékenységet is összehasonlítja a szónok. Az egyébként baráti jó viszonyt ápoló Cicero és a köztársaság utolsó időszakának legkiválóbb jogtudósa, a 63-as választásokon vereséget szenvedett Servius Sulpicius Rufus e perben ellenfélként álltak szemben egymással, s csak a *iuris consultus* életének és munkásságának áttekintése világíthatja meg, hogy csupán a retorikai szituáció indította Cicerót arra, hogy Servius Sulpicius Rufus életművét a hadvezéré mögé helyezze. Ezután a *Corpus Ciceronianum* alapján Cicero *iurisprudentia*hoz, illetve annak művelőihez fűződő viszonya kerül tárgyalásra, részletesen taglalva a *iurisprudentia* korabeli viszonyok között érvényesülő szerepét, és kortársak általi megítélését is. Minthogy Cicero a *contentio dignitatis* során számos esetben nem a katonai, hanem a szónoki pályát állította kontrasztba a jogtudósival, ezért a szerző megvizsgálja a *perfectus orator* képzéséről a *De oratore*-ben összefoglalt elméletet, valamint azon belül az *orator* viszonyát az egyes szaktudományokhoz. A *Pro Murena*-ban a szónok többször él a humor és az irónia fegyverével ezért Nótári áttekinti a humor és az irónia teóriájára vonatkozó főbb forrásokat az antik retorika, különösképpen pedig Cicero elméleti műveiben, majd sorra veszi és kommentálja a *contentio dignitatis* e szemszögből relevánsnak tűnő, finoman szellemes szöveghelyeit.

A második fejezetben Nótári vizsgálódásának egyik fő eredménye a *legis actio sacramento in rem* eredetének meghatározásához kapcsolódik. A fejezet a *Pro Murena* 26. paragrafusát vonja elemzés alá, melyben előtérbe kerül a filológiai elemzés módszere, és ezzel finom hangsúlyeltolódás figyelhető meg az eddig domináló jogtörténeti aspektus irányából. A *Pro Murena* 26. paragrafusában Cicero a *manum conserere* szertartásának, vagyis a *legis actio sacramento in rem* eljárásnak a telek *vindicatio*ja során alkalmazott aktusának szövegét idézi, és humoros megjegyzéseivel teszi nevetségessé annak formalizmusát. A szerző a római jog jól ismert formakonzervativizmusának sajátos megnyilvánulását a *manum conserere* eljárásának bemutatásakor először a cicerói leírást veti össze a vonatkozó gaiusi és gelliusi szöveghelyekkel, majd ebből a telek *vindicatio*jára nézve von le néhány következtetést. A *Jog, vallás és retorika* egyik alapgondolata a címben található három fogalom a korszakon belül vett szoros összefüggése, amely a következő, a *fatum* fogalmát körüljáró alfejezetben válik hangsúlyossá. Az alapos, többféle értelmezési lehetőséget is nyújtó etimológiai vizsgálat a fogalom eredeti jelentését kívánja tisztázni. Ezt követően Ops Opiferának, a vetés istennőjének szentelt templom *dedicatio*ja, a „*A prodigiumértelmezés verbális aspektusa*” és a hadijogból ismert *excantatio* és az *evocatio* szertartása közötti analógiákat taglaló alfejezetek következnek. A „*Hasta – festuca*” címet viselő egység először az *imperium-hasta* viszonyrendszert vizsgálja, majd a pálcát, mint szakrális szimbólumot ismerteti az *augurok* által használt *lituus*, a sajátosan numinózus jelentőségű Iuppiter-pap, a *flamen Dialis commoetaculum*, valamint a *lictorok* hordozta *fascis* szerepének bemutatásán keresztül. A lándzsa és Mars isten kultuszának közismerten szoros összetartozását vizsgálja a szerző a következőkben. Először Mars funkcióját taglalja a capitoliumi triász kultuszát megelőző Iuppiter-Mars-Quirinus istenhármasban, majd Mars *numen*jének és vallási tisztelettel övezett lándzsájának strukturális összefüggéseit, végül pedig a *hasta Martis* megjelenését a különféle rítusokban. A továbbiakban a *ius fetiale* és a *legis actio sacramento in rem* összevetésére kerül sor, melynek során a két eljárási rend számos vonatkozásban tetten érhető párhuzamossága kerül kiemelésre. Ezen fejezet záró szakaszában Plautus *Casina* című komédiája, illetve az azon belül a színdarabban megjelenő rituális harc kerül elemzésre annak szakrális vonatkozása és jogi aspektusa tekintetében.

A harmadik fejezetben a szerző a beszéd 27. paragrafusa kapcsán először a házassági jog egyes intézményeit mutatja be. Először kitér az eljegyzésre, majd a házasság létrejöttének, illetve a *manus* megszerzésének módjaira, nevezetesen a *conferratio*ra, a *comeptio*ra és az *usura*, a válásra, illetve a *manus* megszüntetésének módjaira, különös tekintettel a *remancipatio uxoris*ra, valamint az *uxor in manum*nak az *agnatio*hoz fűződő viszonyára. Ezt követően a *iudicium domesticum*, tehát a *manus* lényegi alkotóelemét képező, a férjnek a felesége felett fennálló büntetőhatalmát tekinti át. A következő alfejezetben az *interpretatio* fogalmát az *interpretatio* kifejezés eredetét és jelentését

mutatja be, és ezt megvilágítandó szöveghelyeket vizsgál meg annak érdekében, hogy látható legyen, milyen kontextusba szerepel az *interpres* és az *interpretari* fogalom Plautusnál, és az archaikus római irodalom egyéb, jórészt csak töredékesen hagyományozott szerzőinél. Ezután a „*Summum ius summa iniuria*” címet viselő részben Nótári először Terentius *Heautontimorumenos* című komédiáját vizsgálja, ahol először találkozni a *summum ius summa iniuria* gondolatával. A *proverbium* azonban a Cicero által a *De Officiis*-ben megfogalmazott formában vált ismerté „*Existunt saepe iniuriae calumnia quadam et nimis callida, sed malitiosa iuris interpretatione. Ex quis illud 'summum ius summa iniuria' factum est iam tritum sermone proverbium.*” Nem maga a *ius* tehát az *iniuria*, hanem a látszólag jogos igény rosszhiszemű érvényesítése, azon eset, amikor a jogérvényesítés címe alatt jogtalanságot követnek el. Ugyanezt a *proverbium*ot vizsgálja ezután a „*Summum ius summa iniuria Rotterdami Erasmusnál*”, melyben ennek továbbéléséről ír a szerző a humanista Rotterdami Erasmus *Adagia* című művének közvetítése alapján. A *summum ius summa iniuria proverbium* felhasználásának és magyarázatának vizsgálata Rotterdami Erasmusnál nem annyira az erasmusi értelmezés történeti vagy dogmatikai mélységei miatt, hanem e nagy humanista tekintélyéből táplálkozó, nehezen alábecsülhető, évszázadokon átívelő továbbhatása miatt látszik indokoltnak. Ezt követően a *summum ius* jelentését tekinti át a *ius est ars boni et aequi* gondolat és az igazságosság/méltányosság fogalmának relációjában a jogi forrásszövegekben és Cicerónál. Végül pedig a *scriptum-voluntas* ellentétpár részletes vizsgálatához Cicero Caecina védelmében elmondott beszédét használja a szerző példának.

Nótári leglényegesebb eredményeit a *Zárókövetkeztetésekben* foglalja össze, melyet *Pro Murena* függeléként közölt fordítása, majd a rövidítések jegyzéke követ. Ezt a forrásmutató, illetve az angol és latin (!) nyelvű összefoglaló követi.

Összefoglalva az eddigieket megállapíthatjuk, hogy a könyv szerkezetileg logikusan felépített, amely feltétlenül szükséges ahhoz, hogy a rendkívül mélyreható elemzések során az olvasó követni tudja a szerző gondolatmenetét. Ezt segíti nagy haszonnal, hogy minden fejezet elején előrevetíti mondanivalóját, valamint a fejezetek végén ismét összefoglalja azokat.³ Kiemelendő a felettébb gazdag és akkurátus jegyzetapparátus és az igen részletes bibliográfia, melyek nélkülözhetetlen segítséget nyújtanak a bőséges lexikális anyagban történő eligazodáshoz, illetve egyaránt hangsúlyozzák a munka szakmaiságát, és segítik az egyes kérdések iránt érdeklődők szakirodalmon belüli tájékozódását.

³ A szerző számos korábban megjelent tanulmányának tárgya szervesen kapcsolódik a monográfiához, vö. Nótári T.: *De iure vitae necisque et exponendi*. *Jogtudományi Közöny* 53. 1998. 11. 421. skk.; *Studiorum atque artium contentio* (Cic. *Mur.* 22–30). *Aetas* 14. 1999. 1–2. 224. skk.; *Jogtudomány és retorika – Cicero pro Murena* 26. *Jogtudományi Közöny* 56. 2001. 12. 470. skk.; *Megjegyzések Cicero pro Murenájának történeti háttéréhez*. *Belvedere Meridionale* 13. 2001. 5–8. 127. skk.; *Quaestio de ambitu*. *Collega* 5. 2001. 5. 43. skk.; *De oratoris perfecti institutione*. *Collega* 7. 2003. 3. 47. skk.; *Excantatio és evocatio a római szakrális jogban*. *Collega* 7. 2003. 1. 94. skk.; *Numen és numinozítás – a római tekintélyfogalom vallási aspektusai*. *Aetas* 18. 2003. 3–4. 33. skk.; *Jogtörténeti adalékok a Pro Caecinához*. *Collega* 8. 2004. 1. 48. skk.; *Megjegyzések egy jogértelmezési maxima történeti háttéréhez*. *Jogtudományi Közöny* 59. 2004. 7–8. 221. skk.; *Summum ius summa iniuria*. *Magyar Jog* 51. 2004. 7. 385. skk.; *Summum ius summa iniuria – Comments on the Historical Background of a Legal Maxim of Interpretation*. *Acta Juridica Hungarica* 45. 2004. 301. skk.; *The Function of the Flamen Dialis in the Marriage Ceremony*. *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Juridica* 45. 2004. 157. skk.; *De matrimonio cum manu*. *Jogtörténeti Szemle* 2005. 2. 52. skk.; *On Some Aspects of the Roman Concept of Authority*. *Acta Juridica Hungarica* 46. 2005. 95. skk.; *Festuca autem utebantur quasi hastae loco*. *Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae* 51. 2004. 133. skk.; *Remarques sur le ius vitae necisque et le ius exponendi*. *Studia Iuris Caroliensia* 1. 2006. 151. skk.; *Választási kampánystratégia az ókori Rómában*. (társszerző Németh György) *Jogtudományi Közöny* 61. 2006/7-8. 268. skk.; *Comments on the Origin of the legis actio sacramento in rem*. *Acta Juridica Hungarica* 47. 2006/2. 133. skk.; *Duellum sacrum – gondolatok a legis actio sacramento in rem eredete kapcsán*. *Állam- és Jogtudomány* 47. 2006/1. 87. skk.; *From auctoritas to Authority – Remarks on the Roman Concept of Numinosity*. *Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies* 11. 2006. 117. skk.; *The Spear as the Symbol of Property and Power in Ancient Rome*. *Acta Juridica Hungarica* 48. 2007/3. 231. skk.; *Remarks on Roman Marriage and Divorce*. *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Sectio Iuridica* 48. 2008. 319. skk.; *Verba Carminis – On a Cardinal Point of Archaic Roman Law*. *Acta Juridica Hungarica* 49. 2008/2. 203. skk.

KOLTAY ANDRÁS

SAJTÓ-HELYREIGAZÍTÁS ÉS VÁLASZJOG: A SAJTÓSZABADSÁG KORLÁTJA VAGY KITELJESÍTÉSE?

I. A sajtóhoz való hozzáférés jogi lehetőségei

A sajtóhoz való hozzáférés lehetőségeinek vizsgálata kényes kérdésekhez vezet minket. A sajtószabadság alapjogának tartalmából – a sajtó jogainak elismeréséből, biztosításából és ezzel párhuzamosan, időnként ennek korlátjaként megjelenve a közönség érdekeinek felismeréséből – adódóan azonban nem eretnek a kérdésselvetés, vajon ki és milyen mértékben részesülhet a sajtóhoz való, közvetett vagy közvetlen hozzáférésekből, természetesen a tulajdonosokon és a sajtóban dolgozókon kívül? A hozzáférés az egyik alapvető kérdés, amely a demokratikus társadalmi rendben működő sajtó szerepével kapcsolatban felmerülhet. A tét nem kicsi: a két lehetséges pólus egyikének értelmében a közösség teljes kizárásával, mintegy a sajtó tagjai 'zártkörű klubjának' a privilégiuma lesz, hogy a sajtó tartalmát meghatározza (természetesen a szabályozás nyújtotta kereteken belül), a másik véglet ellenben a szerkesztési szabadság és a tulajdonjog súlyos akadályát képezve mintegy a közösség rendelkezésére bocsátaná a sajtót. A sajtószabadság értelmezésének sokféle lehetőségét jól mutatja, hogy mindkét felfogás megindokolható a szabadság nevében. Ha azonban a sajtó mindenfajta közösségi kontroll nélkül működik, és a 'szakmaiság' nevében igyekszik kizárni a kívülállókat, annak nemcsak a hitelvesztés lehet az eredménye, hanem az ellenőrzés, elszámoltathatóság lehetőségei is beszűkülnek, és a közérdekű kötelezettségek teljesítése is elmaradhat.

Az igazságra ezúttal is valahol a két végpont között lelhetünk rá. Denis McQuail szerint: „minél nagyobb a média által ellenőrzött kör [...], annál kisebb (korlátozottabb) a társadalom közvetlen hozzáférési lehetősége. Azaz: a médiaautonómia [...] és a társadalmi ellenőrzés között *sui generis* konfliktus létezik, így a hozzáférés óhatatlanul csatátérré válik.”¹

A hozzáférés biztosítása kétséget kizáróan a magántulajdon korlátozásával valósulhat csak meg.² A korlátozásnak azonban alapos indoka van: az elsők között Jerome Barron által hangsúlyozott 'magáncenzúrával' szembeni ellensúly biztosítása, amely a sajtó közérdekű feladatainak ellátását könnyíti meg.³ Ha ugyanis elismerjük a sajtószabadság negatív jellege mellett a pozitív jelleg létjogosultságát is, akkor a sajtó működésében bizonyos közérdekű előírások érvényesítésére nyílik lehetőség. Az európai felfogás nem is vitatja e korlátozások alkotmányosságát, a sajtó tartalomszabályozása és a hozzáférés bizonyos lehetőségeinek megteremtése az európai médiaszabályozásban magától értetődik, evidenciaként kerül elfogadásra. A vita az új médiumok térnyerése következtében legfeljebb a régi, megcsontosodott alapelvek kiterjesztési lehetőségei körül forog. Ezzel szemben az amerikai felfogás óvakodik a sajtószabadságba való külső behatolástól, de a hozzáférés bizonyos formáit jogosnak ismeri el, vagy legalábbis ismerte el korábban.

A hozzáférés joga által ugyan kétségtelenül – a magántulajdont is korlátozó – előnyhöz jut valamely, a sajtón kívül álló személy, de ez az előny a demokratikus felfogás értelmében meg is illeti. A sajtószabadság gyakorlásának lehetősége ugyanis nem korlátozódhat azon kevesekre, akik a sajtóban döntési helyzetben vannak: bár senki nem követelhet *általában véve* jogot arra nézvést, hogy mondandóját sokan meghallgassák, az tömegekhez juthasson el, a szűk körben biztosított hozzáférési jog mégis hordoz bizonyos olyan – vitathatatlanul demokratikus –

¹ DENIS MCQUAIL: *A tömegkommunikáció elmélete*. Budapest: Osiris, 2003. 250.

² CASS R. SUNSTEIN: *Democracy and the problem of free speech*. New York: Free Press, 1995 (2. kiadás). 50-51. o., 103-105.

³ JEROME A. BARRON: Access to the press – A new First Amendment right. *Harvard Law Review*, 1967. 1678.

sajátosságot, amely az állampolgárok közötti *egyenlőség* elvének tiszteletben tartására, illetve gyakorlati alkalmazására irányul. Ennek legfőbb következménye a közlés hatékonyságának növelése, amely a hozzáférési jog gyakorlásának szigorú feltételei által megszabott keretben valósul meg. Nehéz lenne sajtószabadságról beszélni, ha az egyén mindig, minden körülmények között ki lenne zárva a jog gyakorlásának *tényleges* lehetőségéből.⁴ A közlés hatékonyságához való általános jog persze nem létezik, és a mindenkori közönséget megilleti az „oda nem figyelés joga”.⁵ Az efféle szűk körű kiegyenlítés ugyanakkor a közönség javát is szolgálja, amely a hozzáférés lehetősége által maga is többféle álláspont megismerésére kap nagyobb lehetőséget.

A hozzáférés azonban jóval súlyosabb beavatkozás, mint a – kiegyensúlyozottságot, pluralizmust, műsorkvótákat stb. előíró – tartalomszabályozás: a műsorszolgáltató, a szerkesztési döntéseket hozó fél választási szabadsága a hozzáférés esetében, a jog által érintett területen gyakorlatilag megszűnik: az előírt feltételek teljesülése esetén kötelező számára bizonyos konkrét személyek vagy szervezetek számára saját műsoridejében vagy újsága lapjain megjelenést biztosítani. A sajtószabadság semmiféle demokratikus felfogása nem indokolhatja a hozzáférési jog *általános* elismerését, mert ez a sajtószabadság integráns, meghatározó részének tekinthető szerkesztési szabadság teljes megszűnéséhez vezetne. A hozzáférés joga ezért soha nem lehet feltétel nélküli, senki nem követelheti a sajtóban való megjelenést, közlése hatékonyságának növelését pusztán az őt is megillető sajtószabadságra hivatkozva (ezt a magától értetődő megállapítást a magyar Legfelsőbb Bíróság is kimondta egy olyan ügyben, ahol egy – egyébként fizetett – hirdetés közzétételét tagadta meg a sajtótermék, ld. BH 1999. 356). A hozzáférési jog elsősorban a sajtóban érvényesülő *pluralizmust* célozza, és csak másodlagosan teremt az egyének számára nyilvános fórumot.⁶

A hozzáférési jog bármiféle elismerésével szemben általában két komoly kritika kerül megfogalmazásra: egyfelől, a hozzáférés túlzott mértékben korlátozza a sajtószabadságot, mert ahhoz vezet, hogy az esetleges, nem kívánt következmények elkerülése érdekében a sajtó tartózkodni fog minden olyan tartalom közzétételétől, amely a hozzáférési jog működésbe lépését eredményezheti, másfelől, a hozzáférési jog gyakorlásáról való döntés szükségszerűen csak olyan adminisztratív döntéshozó szerv által történhet meg, amelyik képes lehet visszaélni döntéshozatali jogával, és elősegíteni az állam hangjának felerősödését a sajtóban, illetve visszaszorítani az állam részéről nem kívánatosnak minősülő nézetek megjelenését.⁷ Utóbbi érv számos más területre (fogyasztóvédelem, közszolgáltatások szabályozása stb.) is érvényes, ahol pedig nem merül fel különösebb aggály a szabályozással szemben. Az állami döntéshozatal bizonyos esetben a *szükséges rossznak* tekinthető, amelynek veszélyei megfelelően pontos szabályozás – még ha a hozzáférés és a tartalomszabályozás tekintetében teljes mértékben precíz általános szabályok eleve nem is állapíthatók meg –, valamint az annak alkalmazását elősegítő politikai kultúra megléte esetén a minimálisra csökkenthetők.

Ami pedig a sajtó öncenzúrájának érvét illeti, egyrészt a sajtó más eszközökkel rászorítható arra, hogy közéleti kérdésekkel is foglalkozzon, másrészt pedig a hozzáférés létjogosultságáról való döntésnél azt is vizsgálni kell, hogy mi az összesített mérleg eredménye: ha a hozzáférési jog többet segít a közvélemény tájékoztatásában, mint amennyit esetleg árt, akkor indokoltsága megállapítható. Empirikus tapasztalatok egyébként sem támasztják alá az öncenzúra létezését, a sajtó jelentős részének *depolitizáltsága* vélhetően egyéb szerkesztői megfontolásokból ered.

⁴ Ezt a kaliforniai Legfelső Bíróság is elismerte egy ítéletében, ld. Wollam v. City of Palm Springs 59 Cal. 2d 276, 284, 379 P.2d 481, 486 (1963)

⁵ WOJCIECH SADURSKI: *Freedom of speech and its limits*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1999. 73-86.

⁶ THOMAS GIBBONS: *Regulating the media*. London: Sweet & Maxwell, 1998. 32-34.

⁷ LEE C. BOLLINGER: *Images of a free press*. Chicago: University of Chicago Press, 1991. 111-112.

Monroe Price és Eric Barendt nyomán a hozzáférés eltérő módozatait különböztethetjük meg,⁸ alapvetően attól függően, hogy a hozzáférés közvetett vagy közvetlen-e. *Közvetett* hozzáférésről beszélünk az ún. *tulajdonosi hozzáférés* esetén, ami azt a jogot jelenti, hogy a törvény szerint bárki, szinte korlátozás nélkül válhat sajtótulajdonossá, alapíthat lapot, vagy hozhat létre televízió- illetve rádióadót – mivel azonban ez meglehetősen kevesek számára jelent valós lehetőséget, a hozzáférés e fajtáját közvetettnek tekinthetjük. Némi korlátozás azért mégiscsak létezik: bizonyos jellegű műsorszolgáltatásra (a földi frekvenciát használók esetében) csak pályáztatás útján nyerhető jogosultság, a monopóliumellenes szabályok pedig korlátozzák, hogy egy kézben hány és mekkora piaci részesedésű műsorszolgáltató, illetve újság lehet. A strasbourgi Emberi Jogok Európai Bíróságának döntései alapján a pályáztatási rendszer, illetve az abban óhatatlanul szükséges mérlegelő döntés nem sérti a sajtószabadságot, az elbíráló szerv jogosult különböző, a tartalomra vonatkozó döntési szempontok meghatározására is.⁹ Közvetett hozzáférés számos egyéb módon is megvalósulhat: a médiumok közszolgálati kötelezettségei, illetve az abból fakadó, a kisebbségi igényekre is fókuszáló műsorszámok lehetőséget nyújtanak a tömegmédiából kiszoruló vélemények bemutatására. Az egyes műsorszolgáltatókat terhelő kötelező hírszolgáltatás, a reklámidő szabad megvásárlása (mely alól ki lehetnek zárva bizonyos csoportok, például az egyházak, vagy témák, például a politikai reklámok, de egyébként sem terheli a műsorszolgáltatót semmiféle kötelezettség a reklám közvetítésére), illetve a tartalomszabályozás által nyújtott egyéb lehetőségek (például a műsorkvóták) is a közvetett hozzáférés esélyét teremtik meg. Ez a hozzáférés azért közvetett, mert a műsorszolgáltató szabad döntésén múlik, hogy kötelezettségeinek a törvény szabta keretek között miként tesz eleget, tehát, hogy kit enged az egyes műsorokban megnyilvánulni.

A közvetett hozzáféréshez sorolhatjuk még az ún. 'must-carry' szabályokat, amelyek alapján a kábeltelevíziós társaságoknak, illetve a digitális műsorelosztó rendszerek működtetőinek, az általuk közvetített csatornák közé kötelezően fel kell venniük bizonyos műsorszolgáltatók műsorait. Ez a Magyarországon is létező kötelezettség elsősorban a földi frekvenciát használó adókat, illetve a közszolgálati, közösségi adókat védi, hiszen a kábeltévé-szolgáltatást igénybe vevők más úton általában nem lennének képesek ezen csatornák elérésére. Mind a közérdek, mind a földi frekvenciához nagy anyagi áldozatok árán jutó adók érdeke is azt diktálja, hogy műsoraikat a kábeltévé-szolgáltatók is közvetítsék. Ezt a fajta korlátozást még az Egyesült Államok Legfelső Bírósága is alkotmányosnak ismerte el a két Turner-ügy eredményeként.¹⁰ Az első ügy többségi indoklását író Kennedy bíró megállapította, hogy a kábelszolgáltatás alkotmányos korlátozására szélesebb körű lehetőség nyílik, mint a műsorszórás esetében, előbbi ugyanis nem kifejezetten a tartalomra irányul. Alaposan meg kell azonban vizsgálni, hogy a törvényi korlátozás valóban szükséges és indokolt-e. A második Turner-döntés e kérdésre adott igenlő választ. Cass Sunstein a Bíróság e döntését az Első Kiegészítés új, közösségelvű felfogása egyfajta nyitányának, szinte forradalmi jelentőségűnek tekintette, hiszen a testület szűk többsége alkotmányosnak ismerte el a szigorúan tartalom-semleges, de közérdek alapján történő, a hozzáférést célzó korlátozást.¹¹

A *közvetlen hozzáférés* csak jóval szűkebb körben lehetséges. Két olyan formája különíthető el, amelyek – a szerkesztési szabadságot korlátozva – közvetlenül jogosítják a közösség valamely tagját a sajtóban való megjelenésre. Az egyik, a *válaszjog*, vagy a *sajtó-helyreigazítás* intézménye a jó hírnév, illetve egyes személyiségi jogok megsértése esetén biztosít kiigazítást,

⁸ MONROE E. PRICE: An access taxonomy. In SAJÓ ANDRÁS – MONROE E. PRICE (szerk.): *Rights of access to the media*. Boston: Kluwer Law International, 1996. 5-22.; ERIC BARENDT: Access to the media in Western Europe. In SAJÓ ANDRÁS – MONROE E. PRICE (szerk.): *Rights of access to the media*. Boston: Kluwer Law International, 1996. 112-116.

⁹ Sky Radio és mások v. Svájc (Application no. 46841/99), 2001. szeptember 27-i ítélet; Demuth v. Svájc (Application no. 38743/97), 2002. november 5-i ítélet

¹⁰ Turner Broadcasting System v. FCC 512 US 622 (1994) és Turner Broadcasting System v. FCC 520 US 180 (1997)

¹¹ CASS R. SUNSTEIN: The First Amendment in cyberspace. *Yale Law Journal*, 1995. 1765-1781. o., különösen 1774.

válaszlehetőséget a sérelmet szenvedett számára; e tanulmányban a továbbiakban általában egymás megfelelőiként használom e két kifejezést, annyi megszorítással, hogy míg sajtó-helyreigazításnak a hatályos Ptk.-ban szereplő rendelkezéseket nevezik, addig válaszjogként itthon e szabály kiterjesztési kísérlete, az ún. 'Lex Rápásky' híresült el. Ez azonban nem okozhat zavart az olvasó számára. (A nemzetközi egyezmények hiteles szövegei 'right of reply' néven ismerik a jogintézményt, ami magyarul szó szerint válaszjognak fordítandó, ugyanakkor a hatályos helyreigazítás is ilyen, kötelezően alkalmazandó 'right of reply'-nak tekinthető.)

A másik, közvetlen módja a sajtóhoz való hozzáférésnek az ún. 'politikai' hozzáférés, ami általában választások és népszavazások idején illeti meg a jelölteket és az egyes politikai szervezeteket, amelyek hozzáférési joguk alapján bizonyos körben és mennyiségben, kedvezményes áron, vagy akár ellenérték nélkül is közzétehetik álláspontjukat az egyes, a törvényben meghatározott médiumokban. Választási, illetve szavazási időszakokon kívül azonban e jog nem él, sőt általában – Európában legalábbis – kategorikus tiltás van érvényben a politikai hirdetések sugárzására.

A közvetlen hozzáférés médián kívüli formáját képezik az Egyesült Államokban ún. 'common carrier'-nek nevezett szolgáltatások. E szolgáltatásokat igénybe véve bárki megnyilvánulhat, előre meghatározott ellenértékért cserébe. A szolgáltató kizárólag a technikai lehetőségeket biztosítja, nem végez szerkesztési munkát, és nem felel az esetlegesen jogsértő tartalmakért – ilyen 'common carrier' például a telefonhálózat. A modell értelmezhető a műsorszolgáltatók esetében is. Az USA-ban léteznek olyan adók, amelyekhez bizonyos összegért cserébe bárki hozzáférhet, és azokon bármilyen műsört közzétehet. Mivel azonban a médiumok esetében a műsoridő véges, csak az férhet hozzá e csatornákhöz, aki másokat megelőzve műsoridőt tud vásárolni. Ez a modell – amely tehát a közvetlen hozzáférés legtisztább megnyilvánulásaként a londoni Hyde Park *Speaker's Corner*-je mediabéli megfelelőjének tekinthető – általában képtelen számottevő nézettség elérésére, de a hozzáférés joga nem is foglalja magába a figyelemhez való jogot, illetve a meghallgatás kötelezettségét (egyes kisebb, kábelen terjedő adókon Magyarországon is lehet/lehetett némi műsoridőt vásárolni, de ezek mégsem voltak színtiszta 'common carrier'-nek tekinthetők, tekintettel arra, hogy csak a műsoridő egy kisebb részét értékesítették, általában előre meghatározott műfajú, ún. beszélgetős műsorok számára).

Az írott sajtóban a hozzáférés általában véve szűkebb, tartalomszabályozás nem érvényesül, a tulajdonosi hozzáféréseken túl a hozzáférés egyetlen lehetősége a válaszadási jog gyakorlása lehet. Többen felvetették – a közérdek előmozdítása érdekében – annak szükségességét, hogy a hozzáférés jogát esetlegesen az írott sajtóra is kiterjesszék,¹² de a korlátozatlanság elvének feladása az írott sajtó tekintetében nem tűnik valószínű fejleménynek a közeljövőben.

II. A sajtó-helyreigazítás és válaszjog mögött álló indokok

A közvetlen hozzáférést biztosító válaszjogot eredendően *a személyiség hatékonyabb védelmének szüksége* hívta elő. A megtámadott fél úgy védheti meg leghatékonyabban becsületét, jó hírnevét, ha alkalmat kap a válaszadásra, mégpedig lehetőleg ugyanazon közönség előtt, amely előtt az eredeti, sértő vagy hamis kijelentés is elhangzott. Ezt követeli meg a méltányosság és az igazságosság jogi alapelve. Ha a jogsértés a sajtóban történt, úgy a válasz is a sajtóban, mégpedig ugyanazon sajtótermékben kell, hogy megjelenjen. Ez persze nem garantálja a két közönség teljes azonosságát, de a lehetőségekhez képesti legoptimálisabb megoldást biztosítja. A válaszjog kiegészíti a rendelkezésre álló egyéb személyiségvédelmi eszközöket, a leggyakrabban alkalmazott kártérítéstől eltérően a jogsértés által megbomlott egyensúly valós helyreállítását szolgálja, magában foglalva a hamis állítások, sértő kifejezések cáfolatát, az igazság közzétételét, vélemények esetében pedig a szemben álló álláspont

¹² RACHAEL CRAUFURD SMITH: *Broadcasting law and fundamental rights*. Oxford: Clarendon Press, 1997. 203.; ERIC BARENDT: *Freedom of speech*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2005 (2. kiadás). 449-450.

megismertetését. A legtöbb demokratikus államban csökkentett személyiségvédelmet élvező közéleti szereplők 'gyengített' joguk kiegészítésére lelhetnek a választjog által. Igaz ugyan, hogy a közszereplők könnyebben találják meg az utat a nyilvánossághoz, és válaszukat közzétehetik más sajtótermékekben is, a megsérült személyiségi jog – persze korántsem tökéletes – orvoslásra azonban csak ugyanazon közönség előtt lehet.

A második érv a választjog mellett az alkalmazása következtében megvalósuló *szélesebb körű tájékoztatás*, általa megnyílik tehát a lehetőség a sajtó demokratikus feladatainak hatékonyabb ellátására. Az érv szerint immár háttérbe szorul a személyiség hatékonyabb védelme: a közönség joga válik elsődlegessé, az a jog, amelynek lényege a közösség sorsát érintő véleményekhez, eltérő nézetekhez való minél szélesebb hozzáférés. A sajtó ezen feladatának létét persze kevesen vitatják: a hozzáférést általában véve is ellenzők inkább azzal érvelnek, hogy a kívánatos, hatékonyabb információáramlás csak az állam beavatkozása nélkül, a szabad sajtópiacon képes megvalósulni. A magyar Alkotmánybíróság máig érvényesnek tekintett, sokszor idézett, általános érvényű megállapítása szerint „A sajtó szabadságát arra figyelemmel kell garantálnia az államnak, hogy a »sajtó« a véleményalkotáshoz szükséges információszerzésnek, a véleménynyilvánításnak és véleményformálásnak kitüntetett fontosságú eszköze. [...] A véleménynyilvánításhoz való jog kitüntetett volta [...] annyiban vonatkozik a sajtó szabadságára, amennyiben az a véleménynyilvánítás alkotmányos alapjogát szolgálja (II./2. b. pont).”

Érdeemes e két érvet a választjog kritikáján keresztül is megszemlélni. Először is, számos szerző nem ismeri el – vagy egyszerűen figyelmen kívül hagyja – a fentiekben említett második érvet, a szélesebb körű tájékoztatás választjog általi elérését.¹³ E negligálást általában nem támasztják alá megfelelő érvekkel, csak a következtetéssel szembesülünk: a választjog, illetve a hatályos sajtó-helyreigazítás kizárólag személyiségvédelmi eszköz; ebből pedig, mint azt a későbbiekben látni fogjuk, számos fontos következtetés adódna – feltéve, hogy elfogadnánk a jogintézmény 'egydimenziós' jellegét.

A legáltalánosabb érvényű, felhangzó ellenérv szerint a választjog durva beavatkozás a sajtó szabadságába, ezért – legyen indoka bármily erős – megengedhetetlen. A sajtó olyasmit kényszerül közzétenni, ami nem a saját véleménye, ezáltal elvéve a helyet más anyagoktól, ezzel *a cenzúra egy bújtatott formáját* valósítja meg, ami anyagi és erkölcsi veszteséget is okoz a sajtónak. A beavatkozás közvetett eredménye pedig a 'kényes' tartalmú anyagok kényszerű, önkéntes elhagyása, azaz az öncenzúra lesz, megelőzve a jogi vitát és az esetleges költségek felmerülését. Ezáltal a sajtó feladatának tekintett nyílt vita éppen, hogy korlátozást szenved, a választjog hatására kiszorulnak a sajtóból azok a témák, amelyeknek megítélése nem egységes. Így az éppen a kívánthoz képest ellenkező, a vitát 'megdermesztő' hatást [chilling effect] eredményez.

Az ellenérv szépséghibája, hogy szinte teljes egészében feltételezésekre épül. Igaz ugyan, hogy a választjog a sajtó jogainak, mozgásterének a korlátozását jelenti, de mindez a szabad szólás előmozdításának szándékával történik. Önmagában a választjog tehát nem tekinthető megengedhetetlen korlátozásnak. Elfogadásánál vagy elvetésénél azt kell figyelembe venni, mi az elérni kívánt hatás, és melyek az erre szolgáló eszközök.¹⁴

¹³ HANÁK ANDRÁS: Meddig nyújtózhat a magyar szólásszabadság? *Fundamentum*, 2001/2.; GÁRDOS-OROSZ FRUZSINA: Észrevételek az új Polgári Törvénykönyv javaslatának a sajtó-helyreigazításra vonatkozó szabályaihoz. *Acta Humana*, 2007/3.

¹⁴ ERIC BARENDT: Inaugural lecture – press and broadcasting freedom: does anyone have any rights to free speech? *Current Legal Problems*, 1991. 70-71. o.; T. M. SCANLON, JR.: Content regulation considered. In JUDITH LICHTENBERG (szerk.): *Democracy and the mass media*. Cambridge University Press, 1990. 350. Székely László cikkében hangsúlyozza, hogy a választjog által biztosított szankció és a kártérítés szankciója súlyát tekintve nem említhető egy lapon, a helyreigazítás alkalmazási körének Magyarországon tervezett kiszélesítése miatti felháborodás tehát jórészt indokolatlan volt. Ld. SZÉKELY LÁSZLÓ: A „megvédett” sajtószabadság. In *Liber Amicorum. Studia A. Harmathy dedicata. Ünnepi dolgozatok Harmathy Attila tiszteletére*. Budapest: ELTE-ÁJK, 2003.

A sajtó nem saját véleményeként köteles közzétenni a választ, az jól elkülönítve, a sajtószerv saját véleményétől felismerhetően elválasztva jelenik meg. Igaz ugyan, hogy ezáltal 'helyet foglal', ott, ahol más vélemények jelenhetnének meg, és némi erkölcsi-anyagi kárt okozhat, de azért nehéz egyértelműen kijelenteni, hogy ezáltal a sajtó lehetősége véleménye kifejtésére bármiféle csorbát szenvedne, az elszenvedett kár (például a hirdetési felület csökkenése) pedig általános esetben nem lehet nagy mértékű.

Az öncenzúra rémképe szintén nehezen festhető fel valószerűen. A sajtó példányszámát, nézettségét éppenséggel még növelheti is, ha a korábinál szélesebb körben számol be a közösséget érintő eseményekről, vitákról.¹⁵ Nehéz úgy tájékozódni, ha egyszerre több napilapot, közéleti televíziós vitaműsort is figyelemmel kell követni ahhoz, hogy a szemben álló nézeteket megismerhessük. A válasz közlése nem bénítja meg a sajtót, sőt inkább szélesebb körű tájékoztatásra, alaposabb munkára sarkallhatja, és az esetleges jogsértések szankciói sem rónak aránytalan terhet rá. Legalábbis furcsa (Wojciech Sadurski szerint egyenesen 'bizarr') arra hivatkozni, hogy feltételezett, öncenzúrához vezető hatása miatt a válaszjog az eseményekről való széleskörű tájékoztatás gátja lehet, miközben a válaszjog elismerésének hiánya maga jelenti – közvetlenül, és nem pusztán feltételezésként – a sokoldalú tájékoztatás kötelezettségének elvetését.¹⁶ Az egyes országokban működő, más-más módon megvalósuló válaszjogok nem jártak különösebb 'megdermesztő' hatással.

Senki nem vitatja a sajtóban dolgozók azon jogát, hogy saját, egyéni véleményeket fogalmazzanak meg. Ez mindenki által elismert érték, a szólásszabadság jogának egyik vitathatatlan alapja. Az így közzétettekre való reflexió közlésének megtagadása már kevésbé tekinthető a szabadság vitathatatlan megnyilvánulásának. Legalábbis nehezebb olyan, a válaszjog ellen szóló, kényszerítő érdeket felfedezni, mint amilyen kétségtelenül létezik az egyéni szólás jogát igazolandó.¹⁷ Éppenséggel értelmezhető mások szabadsága korlátozásaként is. Ha a sajtószabadságot nem tekintjük többnek a benne dolgozók szabad szóláshoz való jogánál, úgy ez az érv könnyedén lesöpörhető az asztalról. A sajtó demokráciában betöltött különleges hivatását azonban mind ez idáig még senki nem cáfolta meg, és még a szólásszabadság abszolút korlátozhatatlanságát hirdető is a sajtó közösségi szerepével igazolják felfogásukat.

A válaszjog szükségét vallók minden fent említett, és azokon felüli nehézséget, veszélyt felülíró előnyként látják a demokratikus tájékoztatás kötelezettségének elősegítését. Lehet, hogy a mai tömegmédia, számtalan televízióadóval, újságával, az internet segítségével egészében véve megközelíti a széleskörű tájékoztatás eszményét, de az átlagpolgártól nem várható el, hogy erejét megfeszítve küzdjön az információk megszerzéséért, ismereteit csak kevés számú forrásból meríti. Persze senkit nem lehet kötelezni arra, hogy jól tájékozott legyen, ezáltal megalapozott döntéseket hozzon, de ha a demokratikus elveknek megfelelő tájékoztatás szükségességét megengedhetetlen paternalizmus címén elvetjük, úgy egész demokráciánk tartalmi kiüresedésével, tökéletesen formálissá válásával kell szembenéznünk.¹⁸ A – kizárólag a sajtó útján megvalósítható – tömegtájékoztatás fenntartása, lehetőségeinkhez képesti tökéletesítése tehát akkor is szükségesség, ha az adott esetben a választópolgárok kisebb részének érdeklődésével találkozunk. A válaszjog egy lehetséges eszköz lehet a hatékonyabb tájékoztatás elérése érdekében.

III. A sajtó-helyreigazítás a magyar jogrendszerben

A Polgári Törvénykönyv hatályos rendelkezései (79. §) szerint

¹⁵ SADURSKI, i. m. 82.

¹⁶ Uo.

¹⁷ BARENDT (1991), i. m. 71.

¹⁸ LEE C. BOLLINGER: The rationale of public regulation of the media. In JUDITH LICHTENBERG (szerk.): *Democracy and the mass media*. Cambridge University Press, 1990. 357-367.

„(1) Ha valakiről napilap, folyóirat (időszaki lap), rádió, televízió vagy filmhíradó valótlan tényről közöl vagy híresztel, illetőleg való tényeket hamis színben tüntet fel - a törvényben biztosított egyéb igényeken kívül - követelheti olyan közlemény közzétételét, amelyből kitűnik, hogy a közlemény mely tényállítását valótlan, mely tényeket tüntet fel hamis színben, illetőleg melyek a való tények (helyreigazítás).

(2) A helyreigazítást napilap esetében az erre irányuló igény kézhezvételét követő nyolc napon belül, folyóirat, illetőleg filmhíradó esetében a legközelebbi számban azonos módon, rádió, illetőleg televízió esetében pedig - ugyancsak nyolc napon belül - a sérelmes közléssel azonos napszakban kell közölni.”

A sajtó-helyreigazítás a jóhírnév sajtó általi megsértésének egy *speciális polgári jogi szankciója*, amelynek alkalmazásához azonban nem szükséges a jóhírnév tényleges sérelme, illetve, hogy a hamis közlés egyáltalán sérelmes legyen, pusztán a tényállásszerű magatartás (a hamis tény közlése, illetve a való tény hamis színben történő feltüntetése) elegendő a felelősség megállapításához. Ha valaki e sorok szerzőjéről azt állítaná, hogy háromszoros olimpiai bajnok (miközben eléggé el nem ítéhető módon még csak egyszeresnek sem mondható alappal), akkor joggal igényelhetne helyreigazítást, holott e közlésből sérelme aligha származhatna. Ez is arra utal, hogy a sajtó-helyreigazítás kettős eszköz: a személyiségvédelmen túl (hiszen azért a hamis közlésekkel legtöbbször mégis csak megvalósul a hírnevsérelme), a közönség megfelelő tájékoztatáshoz való joga is védelmet nyer ezen eszköz által.

A sajtó-helyreigazítást először a sajtóról szóló 1914. évi XIV. törvény (20-23. §) vezette be a magyar jogrendbe, újbóli felbukkanása – az eredetihez képest gyakorlatilag változatlan szabályokkal – az 1977-es Ptk.-novellához kötődik.

A helyreigazítás intézményének *indokait* a következők: (1) a védelem gyorsasága, illetve a gyorsaság szükségessége a rövid eljárási határidők révén; (2) a sérelem orvoslása egyazon eszköz – a sajtó általi közzététel – által, mint amelyen keresztül maga a sérelem bekövetkezett; (3) ugyanazon, vagy legalábbis jelentős részben egymást átfedő nyilvánosság megcélzása a helyreigazítással, mint amelyik a sérelmes állításról értesült, ezáltal a védelem hatékonyságának növelése.¹⁹

Sajtó-helyreigazítás *csak tényállításokkal szemben* alkalmazható, a sérelmes véleményekkel szemben tehát nem igényelhető ily módon jogvédelem. A kifogásolt közlést nem feltétlenül nyelvtani jelentésük, hanem valóságos tartalmuk alapján kell megítélni, a tényközlés valótlanosságának vizsgálatkor a szöveg egészét kell értelmezni, összefüggéseinek feltárását is el kell végezni (PK 12. szám). Helyreigazítás alapja lehet például, ha az interjút készítő riporter utólag megváltoztatja az általa feltett kérdéseket, ily módon torzítva el az egyébként érintetlenül hagyott válaszokat (BH 1992. 688). Helyreigazítást von maga után, ha a sajtó csak céloz, és közvetve utal a 'feltételezhető' tényekre, de nem, mint bizonyosságot állítja azokat (BH 1990. 256).

A sajtó-helyreigazítás *jogosultja* nem csupán a konkrétan megnevezett személy lehet, hanem minden olyan természetes személy, jogi személy, jogi személyiséggel nem bíró, de jogalanyisággal rendelkező szervezet, aki vagy amely a közleményből beazonosítható, akire vagy amelyre az bármilyen módon utal, és akiről vagy amelyről a valótlan tényállítás közzétételét (PK 13. szám). A sejtetés, célozgatás, utalás is elegendő lehet a jogosultság megállapításához, ha a közleményből a szűkebb vagy tágabb környezet felismerte a sértettet, illetve az a közleményből azonosíthatóvá vált (BH 1991. 59). Az igény csak személyesen érvényesíthető. Ezen felül – közérdeket sértő közlemény esetén – a helyreigazítást az érintetten felül az illetékes miniszter vagy az országos hatáskörű szerv vezetője is kérheti (Pp. 342. § (1) bekezdés).

¹⁹ SZÉKELY LÁSZLÓ: A vélemény szabadság alkotmányos hatásai. In SAJÓ ANDRÁS (szerk.): *Alkotmányosság a magánjogban*. Budapest: Complex, 2006. 171. (E cikk megegyezik Székely László fent már hivatkozott, 2003-ban megjelent írásával.)

A sajtó-helyreigazítás *kötelezettje* 'a sajtó', pontosabban – idejétmúlt felsorolás alapján – a napilap, folyóirat (időszaki lap), rádió, televízió és filmhíradó (utóbbira, a mozielőadások előtt vetített fekete-fehér hírműsorokra már alig-alig emlékszik valaki). A bírósághoz a keresetet a Pp. 343. § (1) bekezdése alapján az időszaki lap szerkesztősége, a rádiózásról és televíziózásról szóló törvény szerinti műsorszolgáltató, illetőleg a Magyar Távirati Iroda ellen nyújthatja be. Két érdekesség is található e rendelkezésben: egyfelől a Pp. alapján az MTI is perelhető, holott az állami hírügynökség a Ptk.-ban szereplő felsorolás egyik eleme alá sem sorolható be (és kérdés, vajon a többi, magántulajdonú hírügynökséggel mi a helyzet?), illetve, hogy a Pp. ebben az egyetlen, különleges peres eljárásban perképeséssel ruházza fel a lapok, újságok szerkesztőségét is, holott e személyösszesség semmilyen más esetben nem rendelkezik jogképeséssel.

A sajtó-helyreigazítás *objektív kötelezettség*, a sajtó felróható eljárástól független, kiterjed a másoktól származó közlések továbbításának esetére (híresztelés) is. Az objektív felelősség független a közlést tartalmazó írásmű műfajától, fikciós irodalmi alkotásra ugyanúgy kiterjedhet, mint a valótlan tényközlést tartalmazó fizetett hirdetésekre (BH2000. 441). Nincsen azonban helye helyreigazításnak, ha a sajtó – akár az eljárás befejezése előtt – valóságghű tájékoztatást ad büntető-, polgári-, közigazgatási eljárásokról, illetve ilyen eljárásban előkerülő, egyébként hamis tényt közöl (PK 14. szám). Az objektivizált felelősség egyébiránt újabb érv amellet, hogy a helyreigazítás a megfelelő tájékoztatás eszköze is – ennek megfelelően a közönség joga a sajtó felróhatóságától függetlenül elsőbbséget élvez –, nem csupán személyiségvédelmi eszköz.

A *bizonyítási teher* a sajtón nyugszik, ha tehát mentesülni kíván a felelősség alól, bizonyítani kell a kifogásolt tényállítás valóságát.

A *helyreigazító közleményből* ki kell tűnnie a (1) valótlan, illetve valós, de hamis színben feltüntetett tényeknek; (2) az ehhez képesti valós tényeknek. A közlemény szövege nem alakítható oly módon, hogy teljes értelme elveszítse szankciós, helyreigazító jellegét (nem lehet gúnyolódni, elbagatellizálni a jogsértést), a valótlan tények ismételt közlésével nem lehet újbóli sérelmet okozni, egyértelműen jelezni kell tehát azok hamis jellegét. Helyreigazító közleményként a sértett válaszelevele közzétételét is kérheti. Nem megfelelő a helyreigazítás, ha e levél szövegének átírása, illetve a hozzá fűzött kíséző kommentár miatt az elveszíti helyreigazító jellegét (PK 15. szám, BH 1997. 174), azonban nem követelhető olyan levél vagy nyilatkozat közzététele, amely (terjedelmében vagy tartalmában) túllépi a helyreigazítás szükséges mértékét (PK 15. szám).

A *helyreigazítás közzétételére* a közléssel azonos módon kell sort keríteni. Rádió és televízió esetében ez az eredeti közléssel azonos napszakot jelenti, nyomtatott sajtónál pedig a hasonló oldalon való megjelentetést. Így például az olvasói levelek között történő közzététel nem megfelelő helyreigazítás (BH 1992. 456)

A sajtó-helyreigazítás *eljárési szabályai* a procedura gyors lefolytatását célozzák. Sajtó-helyreigazítási keresetet más keresettel összekapcsolni vagy egyesíteni nem lehet (Pp. 343. § (2) bekezdés), ugyanakkor a jogsértő magatartás természetesen alapja lehet párhuzamosan folyó, más polgári jogi igények (kártérítés, elégtételadás stb.) érvényesítésére irányuló eljárásnak. Az eljárás első szakasza a bíróságon kívül zajlik: a sértett fél a megfelelő határidőben (a megjelenéstől, illetve közzétételtől számított 30 napon belül) írásban a sajtószervhez fordul (Pp. 342. § (1) bekezdés). A határidő elmulasztása esetén igazolásnak nincsen helye. A sajtó a helyreigazítás közlését csak akkor tagadhatja meg, ha a helyreigazítási kérelemben előadottak valósága nyomban megcáfolható (Pp. 342. § (1) bekezdés). Ha a sajtó erre nem képes, akkor a helyreigazítást a napilap, a rádió és a televízió az igény kézhezvételét követő 8 napon belül, a ritkábban megjelenő sajtótermék pedig következő számában teszi közzé.

Az eljárás következő szakaszába csak akkor lépünk, ha a sajtó nem ismeri el az igény jogosságát, és így nem, vagy pedig nem megfelelően teljesíti helyreigazítási kötelezettségét. A keresetet a közlésre nyitva álló idő utolsó napját követően számított 15 napon belül kell megindítani. E határidő elmulasztása esetén van helye igazolásnak (Pp. 343. § (3) bekezdés). A

keresetlevélben meg kell jelölni az igényelt helyreigazítás tartalmát, valamint bizonyítani kell, hogy a felperes a helyreigazítást – a bírói út igénybe vételét megelőzően, a későbbi felpereshez fordulva – törvényes határidőben igényelte. A Pp. egyéb speciális rendelkezései (343-346. §) mind arra irányulnak, hogy az eljárás lehető leggyorsabb lefolytatását biztosítsák. Ha a bíróság helyt ad a felperes keresetének, ítéletében a sajtószervet – határidő tűzésével – a bíróság által megállapított szövegű helyreigazításra kötelezi. Ha a bíróság a Magyar Távirati Irodát kötelezi a sajtó-helyreigazításra, akkor az eredeti közleményt átvevő és közlő sajtószervek is kötelesek a helyreigazító közlemény közzétételére (Sajtótörvény 19. § (7) bekezdés). Ezen utóbbi szabály betarthatósága, illetve alkotmányossága megkérdőjelezhető – ugyanis egy bírói döntés így olyan felekre róhat kötelezettséget, akik a perben alperesként nem is szerepeltek.

IV. A helyreigazítás bővítési kísérlete, a 'Lex Répássy'

Nem is olyan régen több kísérlet is történt Magyarországon a helyreigazításnál jóval tágabb hatókörű válaszjog bevezetésére. Pokol Béla professzor, országgyűlési képviselő, a javaslat kidolgozója után 'Lex Pokol'-nak nevezett indítvány alapján válaszjog illetve volna meg azt, akiről „társadalmilag hátrányos” vélemény jelenik meg a sajtóban. Ebből a felvetésből még nem lett törvényjavaslat.

A Répássy Róbert országgyűlési képviselő által – többekkel közösen – beterjesztett, a Polgári Törvénykönyvet módosító indítványt (a 'Lex Répássy'-t) ellenben 2001-ben elfogadta a Parlament többsége, hatálybalépése előtt azonban a köztársasági elnök előzetes normakontrollt kért az Alkotmánybíróságtól. A törvény alapján a Ptk. a következő rendelkezésekkel egészült volna ki:

„79. § (2) Akinek személyhez fűződő jogát napilapban, folyóiratban (időszaki lapban), rádióban vagy televízióban közölt valamely vélemény vagy értékelés sérti – a törvényben biztosított egyéb igényeken kívül –, követelheti saját véleményének vagy értékelésének közzétételét is (válaszadás).

84. § (2) Ha a kártérítés címén megítélhető összeg nem áll arányban a felróható magatartás súlyosságával, a bíróság a jogsértőre közérdekű célra fordítható bírságot is kiszabhat. Ha a jogsértés napilap, folyóirat (időszaki lap), rádió vagy televízió útján történt, a bíróság a jogsértőre közérdekű célra fordítható bírságot is kiszab. A közérdekű célra fordítható bírság összegét úgy kell meghatározni, hogy az visszatartsa a jogsértőt a további jogsértésektől.”

A helyreigazítás – hamis tényállításokra alkalmazható – megmaradt szabálya mellé került volna bevezetésre a válaszadás joga, amely a *személyhez fűződő jogot sértő véleményekkel szemben* lett volna alkalmazható. A rendelkezés elemzői közül később sokan nem fektettek elegendő hangsúlyt annak figyelembe vételére, hogy így az alkalmazhatóság köre meglehetősen leszűkített lett volna, és nem engedett volna fellépést bármely, sérelmesnek érzett, hátrányosnak tekintett véleménnyel szemben. A válaszjog ilyen való bevezetése nem hozott volna létre 'általános' jogot a válaszadáshoz, így az általam fent hangsúlyosabbnak vélt – a jogintézményt megtámogató – érv, a demokratikus tájékoztatás szüksége valójában csak némi támaszra talált volna e szabályban, tekintettel arra, hogy amennyiben egy vélemény nem becsületsértő – tehát kifejezőmódjában nem „aránytalanul túlzó, indokolatlanul bántó, lealázó, lekicsinylő (BH 1993. 89)”, úgy a válaszjog szabálya nem lett volna alkalmazható.

Bár a rendelkezés nem határozta meg kifejezetten, mely személyhez fűződő jogok megsértése esetén járt volna a válaszjog, értelemszerűen a jó hírnév, becsület, emberi méltóság jöhet csak számításba. Ezek közül is elsősorban az utóbbi kettő, tekintve, hogy a jó hírnév védelmére fennmaradt a helyreigazítás lehetősége.

Az Alkotmánybíróság 57/2001. (XII. 5.) sz. határozatával megsemmisítette a rendelkezést. Bár maga a döntés érdekes módon szinte 'kötelezően elvárt' volt, legalábbis a jogirodalom és

a közélet véleményformálóinak írásaiból ez világlik ki, az indokolás az említett körökben szinte elképesztő felháborodást okozott.

A testület először a szólás- és sajtószabadság korlátozásának általános kérdéseivel foglalkozik a többségi indokolásban,²⁰ majd rátér a válaszjogra, mint a sajtószabadság általában vett korlátjának elemzésére. Az Alkotmánybíróság elismeri, hogy a jog korlátozza a szabadságot, a korábban már ismertetett érvek természetesen a határozatban is előkerülnek: „A korlátozás szükségességének és arányosságának megítélésénél fontos annak tisztázása, hogy mi a szerepe a válaszadás jogának. [...] A jó hírnév és az emberi méltóság védelme mellett azt is figyelembe kell venni, hogy a közvélemény informálása is a teljes körű tájékoztatást indokolja. A sajtó szabadsága a szabad véleménynyilvánítás mellett a véleményformáláshoz szükséges információszerzéshez való jogot is magába foglalja. [...] megállapítható, hogy a tág értelemben vett válaszadás joga általában a véleménynyilvánítás és a sajtó szabadságának nem alkotmányellenes korlátozása (II./9-11. pont).”

A bírák tehát úgy látják, hogy az elérni kívánt kettős célt – a reputáció védelmét, valamint a közvélemény szélesebb körű tájékoztatását – figyelembe véve a válaszjog a sajtószabadság megengedett korlátja lehet. A bevezetni kívánt szabályt végül azon az alapon találták alkotmányellenesnek, hogy az nem határozza meg a jog gyakorlásának korlátait (a válaszul szolgáló közlemény terjedelmét), illetve, hogy kötelezővé teszi a közérdekű bírság kiszabását, mindezek pedig a sajtószabadság aránytalan korlátozásához vezetnek. A többség szerint tehát az alkotmányellenességet okozó hibák pusztán jogtechnikai jellegűek, maga a válaszadás bevezetése elvben megengedhető.

Bihari Mihály párhuzamos indokolásában lényegében megismétli a határozat érvelését, azonban hangsúlyozza, hogy a válaszjog *elsősorban* a hatékonyabb tájékoztatást, a vélemények sajtóhoz való eljutását, azaz a vélemények pluralitását, a sajtó valós – demokratikus – feladatának ellátását szolgálja: „A válaszadás törvényben biztosított joga és a válaszközlés törvényi kötelezettsége a sajtóban megjelenő vélemények pluralitásának biztosítását, a véleménymonopólium kialakulásának megakadályozását, a nem egyenlő eszközökkel folytatott nyilvános viták során a véleménypluralitást, s mindezek által a sajtószabadság érvényesülését szolgálja.”²¹

Holló András különvéleménye szerint a válaszadás általában véve is alkotmányellenes, aránytalan és szükségtelen korlátozást jelent. Szerinte a helyreigazítás által a jó hírnév, becsület sérelme „reparálható”, míg az ezen túli, „vélemény általi alapjogsérelem” csak feltételezett, így védelme nehezen igazolható. Ez az érvelés mintha figyelmen kívül hagyná azt, hogy a helyreigazítás csupán a jó hírnév megsértésének bizonyos – jellemző – eseteire szolgál védelmi eszközként, a becsület – mely a jó hírnévvel szorosan összefüggő, attól nehezen elválasztható, de vele nem azonos kategória – védelmét ez a szabály nem valósítja meg. Másfelől pedig teljes egészében elfeledkezik az általam ennél jóval hangsúlyosabbnak látott érvtől, a széleskörű tájékoztatás érvétől.

Kiss László is alkotmányellenesnek ítéli a válaszjog szabályát: „A sajtópiac sokszínűségéből következő verseny a tömegtájékoztatási eszközök elemi érdekévé teszi, hogy ilyen, közérdeklődésre számot tartó eseményekről tudósítsanak, azokkal kapcsolatban véleményeket, értékeléseket jelentessenek meg. [...] Arra kell helyezni a hangsúlyt, hogy a közügyek iránt érdeklődő, azok megvitatásában részt vevő emberek szabadon választhassanak a vélemények piacán. Az Alkotmánybíróság következetes gyakorlata szerint a sajtószabadságot elsősorban az állam tartalmi be nem avatkozása biztosítja. Ezzel elvileg lehetővé válik, hogy a társadalomban meglévő vélemények teljessége megjelenjen a sajtóban...”²²

²⁰ Eközben hivatkozik számos, az ügy lényegéhez szorosan nem tartozó esetre, illetve jogszabályra is, mint azt Halmai Gábor hosszasan elemzi, ld. HALMAI GÁBOR: *Kommunikációs jogok*. Budapest: Új Mandátum, 2002. 187-190.

²¹ Bihari Mihály párhuzamos indoklása, 1. pont.

²² Kiss László különvéleménye, III./1. pont

A John Stuart Mill-féle gondolatok (szabályozatlan) piaca a régebbi demokráciákban, illetve azok egyre hangosabb bírálóiban már általában túlhaladott eszme. Nem nehéz belátni, hogy a szabályozatlan sajtópiac nem a demokratikus eszményeknek megfelelő, széles körű, a releváns álláspontok mindegyikét bemutató tájékoztatást tekintve legsürgetőbb feladatának. Ezért szabályozásra szükség van, melynek egyik lehetséges eszköze lehet a választjog.

Az utolsó különvélemény, Kukorelli Istváné is alkotmányellenesnek tartja a választjog egészét. Álláspontja szerint az intézmény aránytalanul korlátozná a sajtó szabadságát. Érvelése szerint a szabályozás figyelmen kívül hagyja a közszereplők és a magánszemélyek közti különbséget. A közszereplők nem 'védtelenek', véleményüknek bárhol a sajtóban helyet adhatnak, felesleges tehát előírni azt, hogy ugyanott jelenhessen meg, ahol a sértő vélemény megjelent. Ezzel az érveléssel már foglalkoztam a korábbiakban, most csak ismételtek: semmiképpen nem nevezhető szokványosnak, hogy valaki egyszerre több napilapot, több közéleti vitaműsort stb. is figyelemmel kísérjen. Ez senkitől nem is várható el. Ilyen széles körű tájékozódás nélkül ellenben, a választjog nélkül könnyedén torzulhat a média fogyasztójának képe a közélettről. Fokozottan igaz lehet ez egy olyan országban, ahol csaknem minden sajtószereplő alig leplezetten a politikai székértáborok valamelyikébe tagozódik. Igaz lehet, hogy a közszereplő könnyebben talál nyilvánosságot az őt sértő vélemények cáfolatára, de e lehetősége nem orvosolja a tájékoztatás torzulásait. Nem az a lényeges elsősorban, hogy a sérelmes kijelentés ugyanazon közönséghez jusson el – egyetértek azzal is, hogy a közszereplő tűrjön többet –, hanem, hogy a tájékoztatás szélesebb körű, ha úgy tetszik, 'demokratikusabb' legyen. Igaz ugyan, hogy a szabály nem tett különbséget a közszereplő és a magánszemély között, de nem is lehet elvárás, hogy egy adott jogrendszer valamennyi szabálya tükrözze annak egészét, hogy a különösen védett alapjogok privilegizált helyzete valamennyi részletszabályban *in expressis verbis* kifejezésre kerüljön. Mint Holló András megállapítja: „...az alapjog többretegű korlátozása esetén, a további korlátozás törvényi tényállásának alkotmánybírósági vizsgálatát a szükségesség-arányosság mércéjének alkalmazását, nem önmagában az új törvényi korlátozás tekintetében kell elvégezni, hanem a meglévő és az új korlátozások komplex, egymásra vonatkoztatott értékelése alapján.”²³

Az Alkotmánybíróság figyelembe vette saját korábbi, 36/1994. (VI. 24.) sz. határozatát, amelyben a közszereplők – büntetőjogi – személyiségvédelméről határozott, és állapított meg velük kapcsolatban magasabb tűrési mércét. Igaz ugyan, hogy az említett határozat csak a büntetőjogi személyiségvédelemről szólt, a bíróságok azonban időközben többé-kevésbé kiterjesztették annak alkalmazását a polgári ügyekre is. Így a gyakorlat alapján a közszereplőkkel kapcsolatos vélemények, legyenek bármilyen túlzóak, illetve (becsület)sértőek, nem szankcionálhatóak, sem polgári jogi, sem büntetőjogi eszközökkel. Ezt figyelembe véve a választjog megfelelően egészítette volna ki a közszereplők eme 'csökkentett' személyiségvédelmét, ily módon tehát mégis érvényesült volna a közszereplő-magánszemély megkülönböztetés. Végeredményben nem lehet elvárni a közszereplőktől sem, hogy gyakorlatilag teljes mértékben feladják személyiségi jogaik egy jelentős részének védelmét.

Kukorelli nem ítéli eléggé súlyosnak a demokratikus tájékoztatás érvét sem. Szavai szerint a korlátozás ez alapján csupán a frekvenciaszűkösséggel igazolható, illetve annak elmúltával (korábban a monopolhelyzet miatt) csak a közszolgálati adóktól követelhető meg. A szűkösség elmúlása azonban nem feltétlenül jelenti a 'médiakánaán' bekövetkeztét. A szűkösség – például az Egyesült Államokban, de Nyugat-Európa jelentős részében is – ma már ismeretlen fogalom, mégsem hozta el a kiegyensúlyozottabb tájékoztatás, a demokratikus kötelezettségek hatékonyabb megvalósulását. A megnövelt választék és műsoridő több *fecsegést* eredményezett, amelyben a közvélemény tájékoztatása nem élvez kiemelt szerepet. A több adó lehetősége nem feltétlenül demokratizálja a versenyt sem, hiszen a működési költségek továbbra is óriásiak maradnak, a nagyobb tőkés társaság pedig értelemszerűen több nézőt is vonz. A hirdetőktől, rosszabb esetben közvetlenül a politikától való függőségi viszony pedig

²³ Holló András különvéleménye, 1. pont

könnyedén alakíthat ki véleménymonopóliumot a lényeges kérdésekben, még a csodálatosan fejlett, digitalizált, szűkösségét levetkező médiavilágban is.

Talán kiderült a fenti elemzésből, hogy számomra elfogadható az Alkotmánybíróság fenti határozata. A válaszjog általában véve nem alkotmányellenes, nem képezi a sajtószabadság olyan korlátját, amely nem a sajtó demokratikus feladatainak teljesítését segítené elő. Ennek ellenére zúgó jogirodalmi felháborodás kísérte a határozatot, pedig végeredményben megsemmisítette a rendelkezést, és ezután a jogalkotó nem tűzte újra napirendjére a kérdést. Érdemes áttekinteni immár évek nyugalmát, az indulatokra enyhet adó távlatából a rendelkezés és a határozat kritikáját.

Hanák András már említett cikke még a határozat előtt született.²⁴ Írásában leplezetlen indulattal közelít az Alkotmánybíróság asztalán fekvő szabályhoz, megrökönyödve azon, hogy a magyar demokratikus rendszer nem hajlandó tudomást venni az olyan 'evidenciákról', miszerint pl. „a hír szent, a vélemény szabad” – azaz a vélemény semmilyen tekintetben nem korlátozható. Eltekintve attól, hogy ez a kijelentés – mely ugyan szépen csengő újságírói közhely – jogi szempontból alapjában véve sem igaz (ld. a becsületsértés polgári- és büntetőjogi védelmét, a Médiatörvény kiegyensúlyozottságot követelő rendelkezéseit), és nem csak nálunk, hanem más, fejlettebb demokráciákban sem, leszámítva talán a mindig etalonként emlegetett Egyesült Államokat, nehéz egy lapra helyezni a vélemények szankcionálását a válaszjoggal. Utóbbi esetben ugyanis a vélemény kifejezése továbbra is szabad marad, csak éppenséggel bizonyos esetekben kötelezően mellé kell helyezni az ellenvéleményt is. Ez ugyan okozhat költséget, presztízsveszteséget stb., de ennek megvannak a szükséges indokai. El lehet vetni a válaszjog mellett szóló érveket, de nem lehet úgy tenni, mintha nem is léteznének. Márpedig a szerző nem vett tudomást arról, hogy a válaszjog melletti lehangsúlyosabb érv a sajtónyilvánosság torzulásainak – igaz, tökéletlen – kiigazítása, és kizárólag a személyiségi jogok védelmére fókuszál. Úgy tartja, hogy a személyiségi jogok védelmére alkalmatlan a válaszjog. Véleménye szerint „a választott eszköz (a válaszadás) és a védeni kívánt érdek (a jó hírnév védelme) között jószerivel nincs is ésszerű, releváns kapcsolat. A válaszadás intézményének választott módja ugyanis teljesen alkalmatlan a jó hírnév védelmére.”²⁵ E tétel indokolása azonban elmarad. Szellemesen idézi fel a lehetséges, elképzelt válaszok tartalmát, kritizálva a szabály értelmezési nehézségeit. Például, ha valakiről azt írják, „nagy marha”, Hanák szerint a válaszjog alapján csak annyit lehetne követelni, hogy jelenjen meg a cáfolat: [az illető] „nem marha”, vagy marha ugyan, de nem „nagy”. Persze nyilván a szerző is tudja, hogy a szabály nem így működött volna. A válaszadás nem azonos a helyreigazítással, nem szorítkozott volna szükségszerűen az állítások tételes cáfolatára. Lényege a véleménnyel szembeni ellenvélemény közzététele lett volna. Azt, hogy valaki „nagy marha”, általában megelőzi valamely érvelés, amely alapján a kijelentő ezt a következtetést vonja le. Az érvelés – és persze a következtetés – cáfolata, a saját álláspont – természetesen korlátok közti – kifejtése lett volna a válasz valós tartalma.²⁶ A gyakorlat megtalálta volna a megfelelő értelmezését e szabálynak is, ahogyan az annyi más esetben is történt. A közszereplők pedig valószínűleg nem rohantak volna minden esetben a sajtóhoz, követelve a válaszhoz való jogot, mint ahogy jelenleg is jóval kevesebb, a személyiség védelmét célzó eljárás indul, mint ahány jogsértés történik. A fenti véleménnyel szemben például valószínűleg a közszereplők többsége méltatlannak ítélte volna a fellépést.

²⁴ HANÁK (2001), i. m. 104-113. Ezen írás 'Lex Répássy'-ra vonatkozó érvelését és a helyreigazítás hatályos szabályainak kritikáját megismétli Hanák András másik cikke is: Szabad és felelős sajtót! Lehetőségek az új Ptk.-ban. *Fundamentum*, 2007/3.

²⁵ HANÁK (2001), i. m. 106.

²⁶ Az értelmezés nehézségeit Polyák Gábor is észleli, felvázolva egy lehetséges 'szűk', illetve 'tág' értelmezést. Előbbi Hanák által, míg utóbbi az általam fent említett felfogáshoz áll közelebb. Álláspontom szerint a valóságban az utóbbi érvényesült volna, mint hogy az felel meg a törvényhozó szándékának. Ld. POLYÁK GÁBOR: Haladék a sajtószabadságnak, *Fundamentum*, 2002/1. 100.

Hanák szerint már csak azért sem engedhető meg a válaszjog bevezetése, mert ha „bírótság döntheti el, hogy mi kerüljön a sajtóba, azt csupán egy lépés választja el attól, hogy bíróság döntse el, milyen vélemények ne jelenhessenek meg a sajtóban. Mindkét beavatkozás cenzúrának tekinthető.”²⁷ Az amerikai 'chilling effect' magyarított változatával szemben ismét nehéz érvelni. A cenzúra és a válaszjog illetően összemosása egy olyan jogrendben, amely tiltja az előbbi minden formáját, nehezen tartható álláspont.

A szerző szerint az Alkotmánybíróság 'becsületpróbája' lesz a rá váró döntés: megvédi-e a demokratikus társadalom alapjait, melyek egyike a szabad sajtó, avagy sem. Nos, a döntés feltehetően csalódottságot okozott, hiszen a testület jóváhagyta a gondolatot – és nem ítélte azt alkotmányellenesnek –, mely szerint a Hanák által emlegetett 'filozófia', „a közügyeket érintő diskurzus és vita korlátozhatatlan, robosztus, és nyitott” volta²⁸ akkor valósul meg, ha az eddiginél szélesebb körben tesszük lehetővé a sajtóhoz való hozzáférést.²⁹

Halmai Gábor és Sajó András elemzéseiben³⁰ is főképp a már említett érvek kerülnek elő. A közszereplők privilegizált helyzete, a sajtó bírói korlátozásának megengedhetetlensége, a kiegyensúlyozottság kizárólag a szűkösség általi igazolhatósága, illetve a közszolgálati adókra vonatkozatható előírása mind-mind szerepelt a fentiekben.

Polyák Gábor cikke az egyetlen az általam áttekintettek közül, amelyben – hangsúlyosan, mérlegre téve – előkerül a demokratikus tájékoztatás érve,³¹ egyébként általános tendencia volt, hogy a válaszjogot kizárólag személyiségvédelmi eszközként vonták vizsgálat alá.³² A döntést egyébként Polyák is erősen kritizálja. Álláspontja szerint az Alkotmánybíróság nem állt ki a sajtószabadság védelmében. A válaszjog nem jelentene olyan többletvédelmet a személyiség számára, amely indokoltá tenné a sajtószabadság korlátozását (bár, ha ennél tágabb lett volna a válaszjog által 'érintett' szólás köre, úgy nyilván a felzúdulás is arányosan nagyobb lett volna), és elsősorban nem is személyiségvédelmi, hanem hozzáférési jogot biztosított volna. Éppen ebben van a lényeg! Míg az én álláspontom szerint a sajtó demokratikus feladata indokoltá tette volna a válaszjog bevezetését, addig ez a szerző szerint – legfőképp a frekvenciaszűkösség lassú elmúlása miatt – nem elég hangsúlyos érv.

A válaszjog, illetve a kibővített körben alkalmazható sajtó-helyreigazítás egyébként nem a jogalkotó által kitalált újdonság, hanem régóta létező sajtóetikai normát kodifikál. Szerepel például a legnagyobb magyar újságíró-szervezet, a Magyar Újságírók Országos Szövetségének etikai kódexében is (5. szakasz, (2) bekezdés). Egyik gyakran hangoztatott ellenérv volt a honi vitákban vele szemben, hogy a 'komoly' sajtó amúgy is mindig ad lehetőséget a válaszra. Nos, ha ez így van, és ez az etikai norma egyébként is 'kötelező', akkor végképp érthetetlen a törvénymódosítást kísérő felháborodás mértéke.

V. Alkotmányos helyreigazítás?

A válaszjogról folytatott vitában többször előkerült a felvetés, mely szerint maga a helyreigazítás szabálya is alkotmányellenes lenne. Elsőként Kiss László alkotmánybíró

²⁷ HANÁK (2001), i. m. 107.

²⁸ HANÁK (2001), i. m. 111. – William Brennan bíró szavai az amerikai Legfelső Bíróság *New York Times v. Sullivan* döntéséből (376 US 275).

²⁹ Rejtő Jenő igaz híveként feltétlenül ki kell igazítanom Hanák András egyetlen olyan tévedését, amelyben igazam vitathatatlan: az Oroszlán, azaz az állatok királya Rejtő regényében nem Potrien, hanem Verdier őrmester. Ld. HANÁK (2001), i. m. 104-105., illetve REJTŐ JENŐ: *A tizenégy karátos autó*. Magvető, 1984 (5. kiadás). 119.

³⁰ HALMAI (2002), i. m. 183-194.; SAJÓ ANDRÁS: A szólásszabadság alkotmányos problémái a jogrendben. In *Liber Amicorum. Studia A. Harmathy dedicata. Ünnepi dolgozatok Harmathy Attila tiszteletére*. Budapest: ELTE ÁJK, Polgári Jogi Tanszék, 2003.

³¹ POLYÁK, i. m. 98-108.

³² Ld. még TÉNYI GÉZA – UDVARY SÁNDOR: A vélemény és a válasz: új Szkülla és Kharübdisz? *Jogtudományi Közöny*, 2001. november.

fogalmazta ezt meg fent említett különvéleményében. A sajtóra vonatkozó jogszabály ugyanis az Alkotmány értelmében 2/3-os többséget igénylő törvény, míg a Ptk. csupán 'feles'. Így pedig előfordulhat, akár a helyreigazítás kapcsán is, hogy a sajtóra vonatkozó, annak szabadságát korlátozó rendelkezés a képviselők egyszerű többségének szavazatával elfogadható, módosítható, hatályon kívül helyezhető.

Az Alkotmánybíróság korábbi, máig érvényes álláspontja szerint nem utalható a kétharmados jogalkotási tárgykörök közé az alapvető jogok mindenfajta korlátozása, és ennek megfelelően a szólás- és sajtószabadságról szóló alkotmányi rendelkezés – a szöveg kellő precizitásának hiánya miatt – minden esetben külön értelmezésre szorul. „A 61. § (3) bekezdése szerint a sajtószabadságról szóló törvényt minősített többséggel kell megalkotni. A (4) bekezdés azonban meghatároz négy tárgyat a tömegkommunikáció köréből, amelyhez szintén kétharmados törvényt követel meg. [...] Ha az illető alapjogok szabályozásának a törvényhozásra tartozó része a maga összességében kétharmados törvény tárgya lenne, nem volna értelme az említett részmák minősített szintre emelésének. [...] Az Alkotmány szövegéből és szerkezetéből tehát nem következik, hogy csakis kétharmados törvénnyel lehetne rendelkezni azon alapjogok minden vonatkozásáról, amelyekről szóló törvényhez az Alkotmány minősített többséget ír elő.”³³

A formális alkotmányellenesség kérdésében folyó vita persze nem érinti a helyreigazítás hatályos szabályai tartalmi alkotmányellenességének kérdését, ami szintén felmerült.

Hanák András szerint a 'Lex Répássy' alkotmányellenességét igazoló érvek egy füst alatt igazolják a helyreigazítás alkotmányellenességét is. Azaz: a közszereplő ez esetben is ki tudja igazítani más médiumban a rá vonatkozó, hamis tényeket, a kötelező helyreigazítás aránytalanul korlátozza a sajtót, és mivel a valóság bizonyításának terhe a sajtón nyugszik, ez pedig olykor nem lehetséges, vagy aránytalan nehézséget okoz, mindez öncenzúrához, és a közügyek vitatásának korlátozásához vezet.³⁴

A legtöbb demokráciában a bizonyítás azt terheli, aki állít valamit. Az a kötelezettség, hogy a sajtó igazat mondjon, a sajtószabadság igényének megszületése óta változatlan etikai, és legtöbbször jogi norma is. Ha megengedjük, hogy a sajtó következmények nélkül állítson hamis tényeket (hiszen, ha a helyreigazítást megszüntetjük, a következő igény az lehet, hogy a sajtót vonjuk ki a többi, rendelkezésre álló személyiségvédelmi eszköz hatósugara alól is), azzal lényegében megteremtjük a *hazugsághoz való jogot*. Ezt pedig már végképp nehéz igazolni, persze csak amennyiben elfogadjuk, hogy a sajtónak bizonyos kötelezettségei azért mégis csak vannak a társadalom felé.

Másfelől: nehéz elismerni azt, hogy a helyreigazítás aránytalan terhet ró a sajtóra. A helyreigazító közlemények szűkszavúak, kevés helyet foglalnak, anyagi terhet nem, legfeljebb némi presztízavesztést rónak a sajtóra. A „nem zörög a haraszt” ősi 'igazsága' alapján pedig a helyreigazítás nem is tökéletesen alkalmas a megsérült reputáció helyreállítására, de a hiteles tájékoztatás hamis állítások által megbomlott egyensúlyát legalább némileg visszabillenti. Ha pedig egy tudósítás megfelelően alapos – pl. minden érdekelt fél megszólaltatásra kerül benne –, úgy nehéz elképzelni, hogy a bíróság helyreigazítást rendeljen el.

VI. A híresztelés

Érzékeny pontja a hírnév- és becsületvédelem szabályainak a híresztelés kérdése, ami természetesen a sajtó-helyreigazítás intézményét is érinti. A 'híresztelés' a mástól származó információ továbbadását jelenti, és a törvénszövegek alapján ugyanolyan megítélés alá esik,

³³ 4/1993. (II. 12.) AB határozat, ABH 1993, 48, 61

³⁴ HANÁK (2001), i. m. 108. o.; részben hasonló nézőpontból kritizálja a helyreigazítás intézményét Sajó András is, ld. SAJÓ ANDRÁS: *A szólásszabadság kézikönyve*. Budapest: Kjk-Kerszöv, 2005. 270-273. és UŐ: Sajtó-helyreigazítás és sajtójog – A Schmidt ítélet margójára, *Jogtudományi Közlöny*, 2001/5. 205-212., bár az intézmény egészét nem tartja alkotmányellenesnek.

mintha a közlő maga tenne hamis tényállítást. A sajtó-helyreigazítással foglalkozó PK 14. sz. állásfoglalás alapján – melynek érvénye egyébként kiterjeszthető a hírnévvédelem egyéb eszközeinek alkalmazási lehetőségeire is –: „akkor is szükség van a valótlan tényállítás helyreigazítására, ha a közlés idegen forrásból származik. A jogszabály ezért nemcsak a közvetlen észleleten alapuló közlés, hanem a mástól szerzett értesülések továbbadása, közlése, vagyis a híresztelés esetében is lehetővé teszi a sajtóhelyreigazítást.”

A sajtó régóta vitatja e szabálynak a sajtószabadság jogával való összeegyeztethetőségét. Pánczél Dániel a *Bétsi Magyar Mercurius*-ban 1793-ban megjelent cikkében felmentést ad az újságírónak, „ha hazudik is egy-egyet”. Hiszen: „...mit is tehetne egyebet. Ő csak azt írja meg, amit mások beszélnek és gondolnak – ő Evangéliumot nem ír...”³⁵

A híreszteléssel terjesztett hamis tényállítások teljes kivonása a jogi felelősséget megalapozó közlések köréből, esetleg „a híresztelés véleménnyé átminősítése”³⁶ azonban semmiképpen nem lehet kívánatos, mert korlátlan visszaélésekhez vezethetne a sajtó részéről. Ha ugyanis a sajtó – joggal – követeli magának az előjogot, hogy információforrásainak kilétét titokban tartsa, akkor a jogsértő, hamis tényállítások nyilvánosságra hozatala híresztelés útján szankcionálatlan maradna. Elegendő lenne a sajtó általi homályos utalás az esetleg nem is létező ’megbízható, belső informátor’-ra, és a hírnévrontó hamis állítás jogkövetkezmények nélkül maradna, ez pedig sem a személyiségi jogok érvényesítését, sem pedig a sajtó kötelezettségeként jelentkező hiteles tájékoztatást nem segítené elő. Azonban „az informátorokra általánosságban való utalás, illetve más sajtóorgánumok tartalmára való hivatkozás nem alkalmas a perbeli sajtóközleményben állított [...] tény bizonyítására” (BH 2000. 241).

A híresztelés alapján történő marasztalás, az állítás és a továbbadás egységes megítélésének szigorú szabályának némi enyhítése mégis indokolt lehet, erre utal a közelmúlt bírói gyakorlata is.

Nagy vihart kavart az a helyreigazítási per, amelynek végén, 2000 áprilisában a Legfelsőbb Bíróság helyreigazító közlemény közzétételére kötelezte az *Élet és Irodalom* című hetilapot, amely arról írt, hogy „kialakult [...] a mai napig fennálló” vélekedés, mely szerint „a Fidesz jelenlegi vezetőinek anyagi jólétét a székházakból származó pénzek alapozták meg.” A másodfokon eljáró Fővárosi Bíróság jogerős döntésében elutasította a felperesi keresetet, mondván, a cikkben nem történt híresztelés, azaz mástól szerzett valótlan tényállítás továbbadása, a lap mindössze annyit állított, hogy „kialakult egy vélekedés.” A felülvizsgálatot végző Legfelsőbb Bíróság helyesen mutatott rá arra, hogy a cikk vitatott részének lényege, fő mondanivalója az az állítás, amelynek megfelelően a párt székházainak értékesítéséből befolyt összegek a párt vezetőinek vagyonát gyarapította volna. Ez pedig hírnevet sértő tényállítás, amely bizonyítás hiányában jogsértő, a jogkövetkezmények – jelen esetben a helyreigazítás – alól pedig nem lehet kibújni holmi ellenőrizhetetlen, „kialakult” vélekedésekre hivatkozva (BH 2000. 241, valamint EBH 2000. 297).³⁷

Szintén nagy port vert fel az a szintén helyreigazítási per, amelyet Schmidt Mária történész indított a *Magyar Hírlappal* szemben. A lap a Nyilvánosság Klub egyik rendezvényéről tudósított, ahol az egyik előadó, a közszolgálati televízió működését bírálván azt állította, hogy „tévések beszámolója szerint Schmidt Mária, a miniszterelnök tanácsadója rendszeresen egyeztetett szerkesztőkkel a híradó tartalmáról”. Az elsőfokú bíróság elutasította a helyreigazításra irányuló keresetet, mondván, az alperes egy ténylegesen létező vélekedést közölt, a televíziós újságírók körében a fenti híresztelés valóban létezett, ezért helyreigazítás nem követelhető. A másodfok eltérő indoklással ugyan, de helybenhagyta a döntést. Az eltérő érvelés alapja az volt, hogy a lap csupán a Sajtótörvény által rá rótt kötelezettségét teljesítette a

³⁵ Idézi KÓKAY GYÖRGY: *Könyv, sajtó és irodalom a felvilágosodás korában*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1983. 137.

³⁶ SAJÓ (2001), i. m. 210.

³⁷ Az ügy leírását ld. HALMAI GÁBOR: *Közszereplők személyiségvédelme kontra közügyek vitathatósága*. *Fundamentum*, 2000/2. 27-28.

tudósítással: a közvéleményt egy rendezvény eseményeiről valóságosan, hitelesen és pontosan tájékoztatta. A Legfelsőbb Bíróság azonban megváltoztatta a jogerős döntést. Ítéletét arra alapozta, hogy a lap olyan tényállítást közölt, amelynek valóságtartalmát bebizonyítani nem tudta. Az a körülmény, hogy a lap csak továbbadta, híresztelte a mástól származó állítást, irreleváns, mert a sérelem így is megtörtént. A Sajtótörvény hivatkozott 5. §-a nem mentesíti a sajtót a közzétett állítások igazának megvizsgálása alól (EBH 2000. 298).

A döntés ellen hamarosan nagy felzúdulás volt tapasztalható a jogirodalomban. Sajó András is vitatta annak helyességét, mondván, ha már nyilvános rendezvényekről sem lehet – híven – beszámolni, a sajtó működése ellehetetlenül.³⁸ Álláspontja szerint „nem azonos természetű az a híresztelés, mely maga állít egy tény, azzal, amely *mások* híresztelését idézi híresztelésként.”³⁹ A sajtószabadság a nyilvános eseményekről történő beszámoló közlése miatti rettegés során jelentősen csorbul, „az újság itt nem a szólásszabadság intézménye, hanem valamiféle hirdetőtábla, amelyre szükség esetén a bírói ítélet helyez kiigazító cédulákat.”⁴⁰ Mások is azzal érvelnek a híresztelés szankcionálásával szemben, hogy a felelősség továbbadás miatti megállapítása a közügyek tárgyalását korlátozza, hiszen a sajtószerveknek a „viták esetében nem elegendő ügyelniük arra, hogy korrekt módon tájékoztassanak az egyes álláspontokról, de fel kell vállalniuk az állítások bizonyításának feladatát, mert ellenkező esetben [...] ők lesznek a szenvedő alanyai a közvéleményre tartozó tudósítások megjelenésének.”⁴¹ A közügyekről, a nyilvános eseményekről történő beszámoló közzétételének érdeke ütközhet e ponton a valós állítások közzétételének érdekével – mindkettő fontos. A sajtótól nyilván nem várható el, hogy egy sajtótájékoztatón elhangzott tényállítást minden esetben még lapzárta előtt verifikáljon, de a felelősségteljes eljárás – a másik fél megkérdezése – elvárható.

A sajtónak nem feltétlenül válik hátrányára, ha ellentétes álláspontok is megjelennek hasábjain. A rendkívül rövid helyreigazító közlemény, amely egyébként alkalmatlan arra, hogy a hamis állítással okozott jogsérelmet teljes mértékben kompenzálja, nem tekinthető olyan mértékű korlátozásnak, amely jelentősen akadályozza a sajtószabadság gyakorlását. Lehet, hogy erkölcsi értelemben van különbség az állítást megfogalmazó és a híresztelő felelőssége között, de a hírnév sérelme mindkét esetben ugyanolyan mértékű. A sajtótól pedig joggal várható el – nem holmi totalitárius eszmék alapján, hanem a közösség szolgálatában – a felelős magatartás, a kapott információk igazságtartalmának alapos vizsgálata, a másik fél megkérdezése, az álláspontok ütköztetése. A sajtótól nem lehet ugyan elvárni, hogy „nyomozóhatóságként” működjön, de a valóság bizonyos mértékű vizsgálatát el kell végeznie. Ha a felelős újságírás Nagy-Britanniában, illetve a strasbourgi bíróság gyakorlatában kialakult mércéjét vesszük figyelembe, akkor a felelősség alóli mentesüléshez például elegendő lehetne, ha egy állítás mellett megjelenne a megtámadott fél véleménye is. Ebben az esetben akkor sem lenne indokolt helyreigazításra vagy másra kötelezni a sajtót, ha a közzétett állítás igaz voltát nem tudná bizonyítani. Az újságolvasónak elemi érdeke, hogy eljussanak hozzá az egyes álláspontok, a sajtó pedig betöltsön egyfajta olyan *szűrő szerepet*, amely mintegy 'moderálja' az adott kérdésben folyó vitát, kirotálván például a nyilvánvalóan hamis tényállításokat, de lehetőséget adva a megtámadott félnek a védekezésre.

Kérdés, hogy ezen felül milyen körülmények között adható mentesség a híreszteléssel továbbított hamis tényállítások számára. Bizonyos feltételek mellett, ilyen esetekben a strasbourgi bíróság is tágabb teret enged a szólásszabadság számára, még akkor is, ha a közzétett állítás igaz voltának bizonyítása nem jár sikerrel. A Thorgeirson k. Izland ügyben⁴² a panaszos az izlandi rendőrség brutális eljárásairól adott hírt két cikkében, melyben mások állításait közölte, a magyar terminológia szerint tehát 'híresztelt'. A strasbourgi bírák – arra

³⁸ SAJÓ (2001), i. m.

³⁹ Uo., 207. – kiemelés az eredetiben.

⁴⁰ Uo.

⁴¹ HALMAI (2000), i. m. 27.

⁴² Case no. 47/1991/299/370. 1992. május 28-i ítélet

való hivatkozással, hogy ilyen esetekben olykor lehetetlen volna a közzetevőnek az állítások valóságát bizonyítani, és mivel az állítások fontos közérdekű ügyre vonatkoztak, a közzététel pedig a vita fellendítésének szándékával, jóhiszeműen történt – megállapították, hogy a panaszos jogát megsértette a marasztaló izlandi ítélet. A Bladet Tromsø k. Norvégia ügyben⁴³ a hírnévsértés egy, a főkavadászat törvényességét felügyelő személy – igaz, zárolt – beszámolóján alapult a közlés, amelyben az érintett halászok kegyetlen munkamódszereiről esik szó. A később kiküldött vizsgálóbizottság nem igazolta az eredeti állításokat, az ezt követő becsületsértési perben született, a lapot elmarasztaló ítélet azonban Strasbourg szerint az egyezménybe ütközik – közérdekű vita során, megalapozottnak tűnő, hivatalos forrásból származó állítások közzététele nem lehet jogsértő (a különvéleményt író bírák azzal érveltek a döntés ellen, hogy mivel a minisztérium kifejezetten azért tiltotta meg a jelentés közzétételét, mert becsületsértő kitételeket tartalmazott, a jóhiszeműség nem lett volna megállapítható). A Thoma k. Luxemburg ügyben⁴⁴ a forrás ugyan 'csak' egy másik lapban megjelent cikk volt, amely egyes kormányzati tisztségviselőkre nézve tett rágalmozó állításokat, de a luxemburgi bíróság marasztaló döntése Strasbourg szerint megsértette az Egyezményt. Az ítélet indoklása szerint nem várható el minden esetben a sajtótól, hogy a külső forrásból származó információk hitelességét bizonyítsa. Egy újabb keletű híresztelési-ügyben (Selistö k. Finnország⁴⁵) hozott döntés kimondja, hogy a rendőrség által készített nyomozati anyag idézése még később esetleg bebizonyosodó hamis volta ellenére sem tekinthető olyan állításnak, amelynek közzetevője felelősségre vonható, az ilyen állítások igazságtartalmának vizsgálatára a sajtó nem kötelezhető, és számára az idézés, a híresztelés során még bizonyos mértékű egyoldalúság, elfogultság is megengedett. A szóban forgó ügyben egy sebészt vádoltak meg (nevének említése nélkül) azzal, hogy ittasan, vagy legalábbis másnaposan végzett el egy rutinműtétet, amelynek eredményeképpen a páciens meghalt. A hivatalos vizsgálat után a rendőrség végül nem emelt vádat az orvos ellen. Az újságíró azonban – az elhunyt férjének nyilatkozatára, illetve az említett nyomozati anyag egyes, kiragadott részeire hivatkozva – mégis közzétette a rágalmozó állításokat. A strasbourgi bíróság – tekintettel a sebész azonosíthatóságának hiányára, a számára biztosított válaszdási jogra, mellyel nem kívánt élni, illetve a témához kapcsolódó közérdekre – megállapította az egyezmény megsértését, mivel a részes állam elmarasztalta az újságírót. Némi kritika is érte a döntést, főként amiatt, mert a bíróság kifejezetten elutasította azt, hogy az újságíró azon eljárása, mely szerint a rendőrségi jelentésből egyoldalúan, kizárólag az orvosra nézve terhelő információkat közölte – és így elhallgatta a *teljes* igazságot –, megalapozná a jogsértés megállapítását.⁴⁶

A Verlagsgruppe News GmbH k. Ausztria ügyben⁴⁷ szereplő panaszos is híreszteléssel valósította meg a becsületsértést, a megsértett felek az Osztrák Szabadságpárt egyes politikusai voltak. A vitatott megjegyzések eredetileg egy osztrák napilapban jelentek meg, amelynek eredményeképpen az érintettek rágalmozási pert indítottak, majd ezután közölte azokat a panaszos által kiadott magazin. A politikusok újfent pert indítottak becsületsértés miatt, és meg is nyerték azt. Strasbourg azonban úgy döntött, hogy az ítélet megsértette a 10. cikkelyt. Indokolásában leszögezte, hogy a másodszori megjelentetés idején a vitatott állítások már széles körben ismertek voltak. A közügyekről folytatott vita szabadsága ezúttal megelőzte a sérelmet szenvedett felek személyiségi jogait, a politikusok türekszőbe egyébként is szükségszerűen magasabb az átlagemberénél, és ezáltal még a lap nem egészen semleges hangvételű beszámolója sem lépte túl a szólásszabadság, illetve az elfogadható kritika határait. A Gorelishvili k. Grúzia ügyben a Bíróság megállapította, hogy a sajtó nem kötelezhető újabb vizsgálódásra akkor, ha információit, melyekre állításait alapozza, hivatalos iratokból szerzi.⁴⁸

⁴³ Application no. 21980/93. 1999. május 20-i ítélet

⁴⁴ Application no. 38432/97. 2001. június 29-i ítélet

⁴⁵ Application no. 56767/00. 2004. november 16-i ítélet

⁴⁶ DESMOND BROWNE: Libel and publication in the public interest. *www.5rb.com*, 2005. 9.

⁴⁷ Application no. 76918/01. 2006. december 14-i ítélet

⁴⁸ Application no. 12979/04. 2007. június 5-i ítélet

Kérdéses, hogy a fenti, híreszteléssel kapcsolatos ügyekből vajon levonható-e az az általános következtetés, hogy a sajtót mentesíteni kell a más forrásból származó információk közzététele miatt fennálló felelősség alól. Pusztán a cikkekben vizsgált témák „közérdekűsége” még nem lett volna elegendő a sajtó számára kedvező döntésekhez. A strasbourgi bíróság minden esetben vizsgálta a sajtó eljárásának korrektségét, és azzal érvelve döntött a sajtó javára, hogy az felelősen járt el, esetleg lehetővé tette a válaszadást, vagy olyan hivatalos forrásból nyerte információit, amelyek esetében a valóság vizsgálata indokolatlan volt.

A magyar bírói gyakorlat is mintha hasonló irányba mozdult volna el – helyesen. Bizonyos helyzetekben, bizonyos információforrások közreműködése esetén elfogadható, ha a sajtó csupán közzéteszi az adott állítást. Az EBH 2001. 407 alapján ilyen forrás az országgyűlés, a helyi önkormányzat, a közigazgatás országos és helyi szervei, valamint az igazságszolgáltatás egyes szervei, amelyek „hatáskörébe tartozó eljárásokról, az eljárásokban beterveztett indítványokról, javaslatokról tudósító sajtót [...] nem terheli a valóság bizonyításának kötelezettsége.” A valósághű tudósítás tehát mindenképpen jogszerűnek minősül. A konkrét ügyben egy televíziós csatorna híradójában számolt be a Fidesz parlamenti képviselőcsoportja által egy határozati javaslatához csatolt módosító indítványáról, amelyben megnevezésre kerültek azon személyek, akiket a képviselőcsoport összefüggésbe hozott az ún. olajüggyekkel. A televízió – miután a Legfelsőbb Bíróság megváltoztatta a jogerős döntést – nem volt köteles a helyreigazító közlemény közzétételére. Ugyanígy nem kötelezhető a sajtó arra, hogy „a rendőrség által tartott sajtótájékoztatón elhangzott tényállítások valóságtartalmát ellenőrizze” (BH 2002. 51). A Legfelsőbb Bíróság – megváltoztatva a jogerős döntést, és elutasítva a helyreigazításra irányuló kérelmet – megállapította, hogy a sajtó elé nem állítható olyan gondossági követelmény, amely teljesíthetetlen. Ezen elv újabb kiterjesztésével élve a bírósági sajtóreferenstől kapott téves információ közlése sem alapoz meg személyiségvédelmi igényt (BH 2003. 357). Ebben az ügyben sajátos módon döntött a bíróság: mivel a téves, hírnevsértő tájékoztatás (egy elsőfokú, elmarasztaló ítélet jogerőssé emelkedéséről számolt be tévesen a lap) valóban megtörtént, a bíróság megállapította, hogy az alperes megsértette a felperes jó hírnevét. Mivel azonban a felelősség megállapításának feltételei közül a felrúthatóság nem állt fenn, kártérítést nem ítélt meg a számára.

Ezekben az esetekben a sérelmet szenvedett természetesen perelheti – például kártérítést igényelve – az állítások eredeti forrását, de a sajtótól is joggal követelhető – ha nem is helyreigazítás formájában – a későbbiekben hamisnak bizonyuló állítások kiigazítása: a sajtó objektív, teljes körű, kiegyensúlyozott tájékoztatási kötelezettsége ugyanis előírja mindezt.

Ügyszintén „nincs helye sajtó-helyreigazításnak, ha a sajtószerv valamely büntető-, polgári-, közigazgatási eljárás befejezése előtt a valóságnak megfelelően tájékoztat az eljárásban megállapított tényről” (BH 2004. 273), még akkor sem, ha az eljárás későbbi szakaszában esetleg bebizonyosodik a korábban megállapított tény hamis volta. A Fővárosi Ítéltábla e döntésével kiterjesztette a PK 14. sz. állásfoglalás eredetileg csak a büntetőeljárásokról történő tájékoztatásra kiterjedő érvényét. Az EBH 2005. 1289 alapján pedig azt az újságírókat mentették fel a rágalmozás vádjától, aki egy bűnügyben adott téves szakértői véleményre hivatkozva gyakorlatilag elmebetegnek minősítette a sértettet.

A hamis állítások híresztelése esetén a sajtó bizonyos körben tehát mentességet élvez a felelősség megállapítása alól. A megfelelő tájékoztatás érdekében ez rendjén is való, és a jövőben könnyedén elképzelhető az elv további kiterjesztése. A határok meghúzására azonban ügyelni kell: bármely nyilvános eseményről való hű tudósítás még nem alapozhatja meg a sajtó immunitását, mert az könnyen visszaélésekhez vezethet – ez pedig nemcsak a személyiségi jogokat, hanem a közönség tájékoztatáshoz fűződő érdekeit is hátrányosan érintheti.

VII. Ki a közszereplő?

A sajtó-helyreigazítással kapcsolatban elvben kérdésként merülhet fel, hogy szükség lehet-e eltérő mérce alkalmazására a közéleti szereplők, illetve a magánszemélyek esetében? Korábban említésre került, hogy az Alkotmánybíróság alapvető fontosságú, 36/1994. (VI. 24.) sz. határozata a közszereplők számára az általánosnál – a jogszabályokban szereplőnél – magasabb tőrészküszöböt határozott meg hírnevük és becsületük védelme tekintetében. Ez azonban a büntetőjogi rágalmozásra és becsületsértésre megállapított mérce volt, amely lassan, de nem kizárólagos jelleggel beszivárgott a polgári jogi személyiségvédelem bírósági gyakorlatába is, ugyanakkor fel sem merült, hogy a helyreigazításra is alkalmazható lenne.

Eljátszhatunk a gondolattal, hogy a közszereplő-magánszemély distinkció alkalmazásra kerülhet a helyreigazítás intézményénél is. Ugyanakkor tisztázatlan kérdés, hogy milyen személyi körben érvényesül a csökkentett személyiségvédelem. Magyarán: ki a közszereplő (Balás P. Elemérnél: „a kortörténetben szerepet vállaló személy”⁴⁹)? A fent említett 36/1994. (VI. 24.) AB határozat a rendelkező részében ugyan még csak *hatóságról, hivatalos személyről*, vagy *közszereplő politikusról* tesz említést, indokolása azonban már utal a *közéleti szereplőkre* is,⁵⁰ a jogalkalmazói gyakorlatra bízva a közszereplői kör meghatározását.⁵¹ Az 57/2001. (XII. 5.) AB határozat is említi – a strasbourgi gyakorlat ismertetése során – a „közéletben szereplő személyek” kategóriáját.

Az egyetlen jogszabály, amelyben valamiféle definíciót találunk a közszereplőkre vonatkozóan, az elmúlt rendszer titkosszolgálati tevékenységének feltárásáról szóló 2003. évi III. törvény, az ún. ügynöktörvény. Az 1. § 13. pontja alapján közszereplőnek minősül az a személy, „aki közhatalmat gyakorol, gyakorolt vagy közhatalom gyakorlásával járó tisztségre jelölték, illetve aki a politikai közvéleményt feladatszerűen alakítja vagy alakította”. Elsőfokú döntésében 2007 februárjában a Fővárosi Bíróság az utóbbi kategóriába esőnek – tehát a közvéleményt *feladatszerűen* alakítónak – ítélte a történelmi egyházak egyes vezetőit, így a rájuk vonatkozó, az esetleges ügynökműlttel kapcsolatos adatszolgáltatást a másodfok megerősítő döntése esetén a történelmi levéltár nem tagadhatná meg.⁵² A döntés megkérdőjelezhető, mert meglehetősen vitatható, hogy az egyházak vezetői feladatszerűen alakítják-e a közvéleményt, mint ahogyan az is kérdéses, hogy a szóban forgó személyek személyiségi jogaik érvényesítése tekintetében ma közszereplőnek minősülnének-e, tekintettel arra, hogy többségük nem tekinthető rendszeres médiaszereplőnek (az ügynöktörvény által elérni kívánt célt ez a felvetés persze aligha érinti).

A Ptk. 80. § (2) bekezdése értelmében nincsen szükség hozzájárulásra a „nyilvános közszereplés” során készült felvétel nyilvánosságra hozatalához. Ez ugyan csak a képmáshoz fűződő jog védelmére vonatkozik, de szorosan összefügghet az emberi méltósághoz való joggal. A sajtó a hétköznapokban mindenesetre eléggé kiterjesztően értelmezi e szabályt: a közszereplőkről közterületen készült képek felhasználásához nem kér engedélyt.

Régi vita a jogirodalomban hogy a tömegrendezvényeken készült fényképek felhasználása milyen esetekben tekinthető jogszerűnek. A legáltalánosabb felfogás szerint ilyen esetekben az is elfogadható, ha a felvételen valaki beazonosítható módon szerepel.⁵³ Akkor lehet ez az eljárás jogsértő, ha a kép felhasználása visszaélészerűen történik, és ez az illető számára sérelmet okoz. A Legfelsőbb Bíróság BH1997.578. számú ítélete alapján a Horthy Miklós kormányzó újratemetésére díszmagyarba öltözött felperes azzal, hogy „a mai divat szerint már nem használatos, figyelemkeltő öltözékben jelent meg”, *önként közszereplést vállalt*. Az alperes hetilap, a *168 Óra* ellenben visszaélészerűen közölte a képet, oly módon, amely arra irányult, hogy a felperest nevetségessé tegye (egy olyan rovatban, ahol hagyományosan viccelődő,

⁴⁹ BALÁS P. ELEMÉR: A személyiségi jogok. In SZLADITS KÁROLY (szerk.): *Magyar Magánjog I. Általános rész. Személyi jog*. Budapest: Grill Károly Kiadója, 1941. 651.

⁵⁰ 36/1994. (VI. 24.) AB határozat, III./1. és III./4.

⁵¹ Uo. III./3.

⁵² JOÓ ISTVÁN: Első fokon közszereplők. *Magyar Nemzet*, 2007. február 9.

⁵³ PETRIK FERENC: *A személyiség jogi védelme. A sajtó-helyreigazítás*. Budapest: HVG-Orac, 2001. 140.

szatirikus, ironikus, gúnyos képalírásokat kértek a lap olvasóitól). A közzététel módja jogsértő, a lap megsértette a felperes képmáshoz és emberi méltóságához fűződő jogait, így nem vagyoni kártérítésre jogosult. A döntés által közszereplésnek tekintett nyilvános rendezvényen való megjelenés azonban nem vehető egy kalap alá a „közszereplés” hagyományos fogalmával. Hírnév- és becsületvédelmi szempontból nem eshet azonos megítélés alá a rendezvényen pusztán megjelenő, és az ott beszédet mondó személy – talán a Legfelsőbb Bíróság ezen döntésének szóhasználata kissé félrevezető. A közönség soraiban helyet foglaló személy esetében ugyanis képmásának bármely olyan nyilvánosságra hozatala jogsértő, amelyik őt a tömegeből azonosítható módon kiemeli és visszaélészerűen ábrázolja.

A közszereplő fogalma ma már egyértelműen bővebb a 36/1994. (VI. 24.) AB határozat által eredetileg meghatározott körnél, a hivatalos személyek, politikusok körénél, de a kategorizálás pontos szempontjai nem egyértelműek. Egy döntésben közszereplőnek minősült például Muskovszky Gábor ügyvéd, aki nagy sajtónyilvánosságot kapott ügyekben járt el jogi képviselőként,⁵⁴ vagy a közelmúltban Fábry Sándor humorista, televíziós személyiség,⁵⁵ akikre így ugyanaz a mérce vonatkozott (polgári perben), mint az Alkotmánybíróság által a közszereplő politikusokra megszabott büntetőjogi mérce. A közszereplők körének szélesedése világszerte jól kivehető tendencia, de az időnként parttalanul ható bővülés elméleti alapjai tisztázatlanok, hiszen ahogyan arról már korábban esett szó, a közszereplők csökkentett személyiségvédelmét a demokratikus rend működésének hatékonysága, a közösségi viták lefolytatásának szüksége indokolja – ezen érv érvényesülését pedig olykor nehéz felfedezni a közszereplői kör újabb és újabb tágulása esetében. Annak behatárolása, hogy ki, mennyiben gyakorol befolyást a közügyek alakítására, nem lehetséges abszolút precizitással. A társadalmi fontosságú ügyekben a háttérben döntést hozó, a 'köz' számára ismeretlen személyek csorbítatlan személyiségvédelmet élveznek, míg a jelentős döntésekre semmiféle befolyást nem gyakorló, gyorsan tovatűnő hírnevű hírességek közszereplőnek számítanak. Ez az egyensúlytalanság kiküszöbölhető lenne, ha nem a személyekre, hanem a közösséget érintő ügyekre helyeznénk a hangsúlyt, azaz a korlátozott védelem hatókörét. Ez az elgondolás utalászerűen meg is jelenik a 34/2004. (IX. 28.) AB határozatban, de széles körben még nem nyert teret.

Sólyom László fontosnak ítéli a *bírák* kiemelését a közszereplők köréből: az alkotmánybíráskodás kezdeteit összegző munkájában megemlíti, hogy a bírák egyszerű besorolása a közszereplők csoportjába „védtelenül hagyja (...) a bíróságokat.”⁵⁶ Ugyanerre panaszkodott évekkel később a Legfelsőbb Bíróság elnöke is, aki jogértelmezést kért abban a kérdésben (is), hogy vajon meddig terjed a bíróságok kritizálhatósága egy demokratikus jogállamban?⁵⁷ A strasbourgi gyakorlat – mint látni fogjuk – megengedi a személyiségi jogaikban megsértett bírák számára a hírnévvédelmi perek indítását, de ez csak bizonyos határok között lehetséges, oly módon, hogy a közvita ne essen aránytalan korlátozás alá – a bíróságok tekintélyének megóvása tehát jogkorlátozásra okot adó szempont lehet, ellentétben a közhatalom egyéb képviselőinek megrágalmazásával.

VIII. On-line helyreigazítás

A közelmúltban felmerült a kérdés, hogy mennyiben érvényesüljön a válaszadás joga az internetes tartalmak esetében, szükséges-e bármely korlátozást, köztük a válaszjog intézményét az eddig jórészt szabályozatlanul működő világhálóra is kiterjeszteni? Az internetben sokan a szabadság új, a megóvásra feltétlenül érdemes szféráját látják, és ebből eredően hevesen

⁵⁴ Ld. MOLNÁR PÉTER: *Gondolatbátorság*. Budapest: Új Mandátum, 2002. 88.

⁵⁵ Elutasították Fábry Sándor keresetét György Péter ellen. *MTI* 2006. február 20.

⁵⁶ SÓLYOM LÁSZLÓ: *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. Budapest: Osiris, 2001. 482.

⁵⁷ A Legfelsőbb Bíróság elnökének alkotmánybíróági indítványa. *Fundamentum*, 2006/3.

tiltakoznak mindenféle korlátozási kísérlet ellen. A szabadság jogos igénye azonban nem igazolhat jogsértő magatartást, és a jog gyakorlásakor tekintettel kell lenni mások jogaira, autonómiájára is. Elfogadható tehát, ha a személyiségi jogok és a közösség tájékoztatásának érdekében az internetre is kiterjesztjük a válaszadási jog elismerésének kötelezettségét. Ennek megfelelően rendelkezik az Európa Tanács Miniszteri Bizottsága által elfogadott 2004-es ajánlás, amelyik a válaszjog on-line környezetre való kiterjesztését javasolja a tagállamok számára,⁵⁸ valamint az Európai Parlament és Bizottság ajánlása, amely „az emberi méltóság védelme érdekében” kéri az Európai Unió tagállamait arra, hogy terjesszék ki saját belső jogukban a válaszadás jogát a világhálón elérhető tartalmakra is, vagy biztosítsanak egyéb megfelelő orvoslást az on-line környezetben történt egyes jogsértésekre.⁵⁹

A következő kérdés, hogy mely internetes tartalomszolgáltató kötelezhető helyreigazításra? Melyek azok a tartalmak, amelyek beilleszthetők a 'sajtó' kategóriájába, értelmezhető-e egyáltalán a sajtó fogalma az internet vonatkozásában? Kétségtelenül létezik a világhálón is 'professzionális média', internetes újságok formájában (melyek egy része nyomtatásban is megjelenik, más részük azonban csak digitálisan érhető el). Ugyanakkor az internetes információszerezés nem korlátozódik ezekre, egyes olyan honlapok is jelentős látogatottságnak örvendenek, amelyek nyilvánvalóan nem 'újságok'. Méltánytalansághoz vezetne, és az intézmény céljának betöltése is elnehezülne, ha pusztán az internetes újságokkal szemben ismernénk el a válaszadás jogát. Az Európa Tanács ajánlása ennek felismerésével javasolja azt, hogy a válaszadás joga olyan *rendszeresen frissített* tartalomszolgáltatásokra terjedjen ki, amelyek *szerkesztői szempontból értékelhetőek*. Az ajánlás alighanem rátapintott a lényegre: a sajtó hagyományos fogalma a világhálón értelmezhetetlen.

Az internetes helyreigazítás további nehéz technikai kérdéseket is felvet, mint például az igénybejelentés határidejének kérdése (akkortól kezdve indul az eljárás megindítására nyitva álló határidő számítása, amikor a vitatott tartalom hozzáférhetővé válik, vagy amikor a hozzáférés lehetősége megszűnik?), a helyreigazítás formai követelményeinek meghatározása (a sérelmezett tartalommal együtt, esetleg önálló *linken* vagy külön oldalon kell-e feltüntetni a válaszközleményt?), a jogsértésért felelős személy azonosíthatósága (hogyan lehet a tartalomszolgáltatókat a felelős személy előzetes megnevezésére kötelezni?), a válaszközlemény hossza (tekintettel a világháló sajátosságaira, lehet-e terjedelmesebb közlemény közzétételét követelni?), a vitatott tartalom archiválásának kérdése (a bizonyítási eljárás lefolytatása céljából).⁶⁰ Ezek megválaszolása a közeli jövő sürgető feladata lesz.

IX. Sajtó-helyreigazítás és az új Ptk.

Az új Polgári Törvénykönyvről három tervezet is közzétételre került a közelmúltban. Ezen tervezetek sajtó-helyreigazításra vonatkozó változtatási javaslatait tekintjük át a következőkben.

A Vékás Lajos professzor által vezetett Kodifikációs Főbizottság tervezete az új Ptk.-ról (2006. június)

„2:117. § [Sajtó-helyreigazítás]

⁵⁸ Recommendation Rec(2004) 16 of the Committee of Ministers to member states on the right of reply in the new media environment.

⁵⁹ Recommendation of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 On the Protection of Minors and Human Dignity and the Right of Reply in Relation of the Competitiveness of the European Audiovisual and Information Services Industry (2006/952/EC).

⁶⁰ E kérdésekről ld. KÖRMENDY-ÉKES JUDIT – LENGYEL MÁRK: Az on-line helyreigazítás az európai jogi felfogásban. *Magyar Jog*, 2005/5.; KISS TIBOR: Sajtó-helyreigazítás az interneten. *Magyar Jog*, 2006/11.

(1) Ha valakiről sajtó útján valótlan tényt állítanak, híresztelnek vagy való tényeket hamis színben tüntetnek fel – a törvényben biztosított egyéb igényeken kívül –, követelheti olyan közlemény közzétételét, amelyből kitűnik, hogy a közlemény mely tényállítása valótlan, mely tényeket tüntet fel hamis színben, illetve melyek a való tények.

(2) A helyreigazítást napilap esetében az erre irányuló igény kézhezvételét követő nyolc napon belül, folyóirat esetében a legközelebbi számban azonos módon, rádió, televízió vagy elektronikus világháló esetében pedig – ugyancsak nyolc napon belül – a sérelmes közléssel azonos napszakban és azonos módon kell közölni.”

Az új Ptk. első, szakértői tervezete a sajtó-helyreigazítás szabályait szinte változatlanul hagyva kiterjesztette volna annak alkalmazási körét az internetre, azaz a tervezet szóhasználatában az „elektronikus világháló”-ra is. A szövegtervezethez mellékelt kommentár nem ad útmutatást abban a tekintetben, hogy mely tartalmakra nézve kellett volna e kiterjesztésnek érvényesülnie, de az általános fogalmazásmódból alighanem az következik, hogy a kodifikátorok szándékai szerint a kötelezettség valamennyi, rendszeresen frissített tartalomra kiterjedt volna.

Az Igazságügyi és Rendészeti Minisztérium által kidolgozott új Ptk.-tervezet (2007. október)

„2:137. § [Sajtó-helyreigazítás]

(1) Ha valakiről sajtó útján valótlan tényt állítanak, híresztelnek vagy való tényeket hamis színben tüntetnek fel – a törvényben biztosított egyéb igényeken kívül –, követelheti olyan közlemény közzétételét, amelyből kitűnik, hogy a közlemény mely tényállítása valótlan, mely tényeket tüntet fel hamis színben, illetve melyek a való tények.

(2) Az (1) bekezdésben foglaltak nem alkalmazhatók, ha a sajtó a nyilvános közszereplés alkalmából elhangzottakról a nyilatkozó személy kilétére utaló adatok valóságnak megfelelő feltüntetésével tudósítást tesz közzé azzal, hogy ha a tudósítás meghatározott személyre vonatkozó állítást tartalmaz, a tudósításban – ha az megismerhető – az érintett személy álláspontját is ismertetni kell. Nem felel a sajtó abban az esetben sem, ha a tudósítás tárgya hivatalos eljárások, döntések, illetve határozatok ismertetése.

(3) A helyreigazítást napilap esetében az erre irányuló igény kézhezvételét követő nyolc napon belül, folyóirat esetében pedig az igény kézhezvételétől számított nyolc napot követően a legközelebbi számban azonos módon, rádió, televízió vagy elektronikus világháló esetében pedig – ugyancsak nyolc napon belül – a sérelmes közléssel azonos napszakban és azonos módon kell közölni.”

Az IRM elsőként közzétett tervezete több drasztikus újdonságot vezetett volna be. A szöveg (2) bekezdése törvénybe iktatta volna a 'felelős újságírás' egyik szabályát: a nyilvános közszereplések során elhangzott hamis állítások esetén, a sajtó, ha hűen közli az elhangzottakat, és ismerteti a másik fél álláspontját is, mentesül a felelősség alól. Mentessült volna továbbá akkor is, ha a tudósítás tárgya hivatalos iratok, döntések ismertetését tartalmazza – és ebben az esetben 'a másik felet' sem kellett volna meghallgatni. A tervezet szintén kiterjesztette volna a helyreigazítási kötelezettséget az internetes tartalmakra is.

T/5949. számú törvényjavaslat a Polgári Törvénykönyvről (2008. június)

„2:89. § [A sajtó-helyreigazítás szabályai]

(1) Ha valakiről sajtó útján valótlan tényt állítanak, híresztelnek vagy való tényeket hamis színben tüntetnek fel – a törvényben biztosított egyéb igényeken kívül –, követelheti olyan közlemény közzétételét, amelyből kitűnik, hogy a közlemény mely tényállítása valótlan, mely tényállítás megalapozatlan, mely tényeket tüntet fel hamis színben és melyek a való tények.

(2) A helyreigazítást napilap esetében az erre irányuló igény kézhezvételét követő nyolc napon belül, folyóirat esetében pedig az igény kézhezvételétől számított nyolc napot követően a

legközelebbi számban azonos módon, rádió, televízió esetében pedig – ugyancsak nyolc napon belül – a sérelmes közléssel azonos napszakban és azonos módon kell közölni.

2:92. § [A sajtótudósításra irányadó sajátos rendelkezések]

Nem alkalmazhatók a 2:88-91. §-okban foglalt rendelkezések [a helyreigazításon kívül a személyiségi jogok megsértéséért való felelősség szabályai, illetve a felróhatóságon alapuló kártérítés és sérelemdíj megállapítására vonatkozó szabályok], ha

- a) a sajtó a nyilvános rendezvényen elhangzottakról, a nyilatkozó személyének pontos megjelölésével, az elhangzottaknak megfelelően, szöveghű idézet formájában tudósít, vagy
- b) a tudósítás tárgya hivatalos eljárások, döntések vagy határozatok ismertetése.

2:93. § [A közszereplő jogvédelme]

Ha a sajtó a közszereplő jóhírnevét közszereplésével vagy egyéb közéleti megnyilvánulásával kapcsolatban sértette meg, a 2:88-91. §-ban foglalt jogkövetkezmények csak akkor alkalmazhatóak, ha a jogsértés a sajtó szándékos vagy súlyosan gondatlan eljárása miatt történt; a sajtó akkor mentesül e jogkövetkezmények alól, ha bizonyítja, hogy eljárása nem volt szándékos vagy súlyosan gondatlan.”

A beterveztett törvényjavaslat jórészt nem veszi át a korábbi tervezetek módosítási javaslatait, ellenben új javaslatokkal él. Először is, nem terjeszti ki a helyreigazítási kötelezettséget az online tartalmakra (ellentétben az EU ajánlásával, de az új EU irányelvnek megfelelően). Mentességet adna továbbá a helyreigazítási kötelezettség alól, ha a sajtó nyilvános rendezvényekről híven tudósít, illetve ha hivatalos dokumentumokat, döntéseket közöl. Az ellenérdekű fél meghallgatása egyik esetben sem feltétele a mentesülésnek. Ez a rendelkezés túllépne a bírói gyakorlat vívmányainak törvénybe iktatásán, és valamennyi nyilvános rendezvényről való tudósítást privilegizálna, megkönnyítve ezzel a sajtó munkáját, de csorbítva kissé a közönség tájékozódáshoz fűződő jogát.

A másik jelentős módosítási javaslat alapján pedig a sajtó-helyreigazításban is létrejönne a közszereplő-magánszemély distinkció: az új Ptk. ennek megfelelően a 36/1994. (VI. 24.) AB határozat által felállított mércét követné. Teszi ezt azonban egyelőre pontatlanul: a szöveg ugyanis úgy szól, hogy „a sajtó akkor mentesül e jogkövetkezmények alól, ha bizonyítja, hogy eljárása nem volt szándékos vagy súlyosan gondatlan.” Keckeckedve kérdezhetnénk, vajon mire vonatkozik a szándékos (vagy súlyosan gondatlan) eljárás? A sajtó azon eljárása ugyanis, hogy közlése a hamis állítást, minden valószínűség szerint szándékos. A szándékosság és súlyos gondatlanság mércéje az eredeti AB határozatban az igazság felderítésének folyamatára vonatkozik: itt a szövegtervezetből ez nem derül ki egyértelműen. A tanulmány korábbi szakaszában pedig esett már szó arról, miért indokolható nehezen a közszereplők csökkentett személyiségvédelmének a helyreigazításra való kiterjesztése, miért képezi ez a közönség tájékozódási jogának korlátját.

X. Külföldi példák

Az *Egyesült Királyságban* nem létezik a sajtóban általánosan érvényesülő válaszjog. Ez azonban nem jelenti azt, hogy bizonyos körben ne léteznének ahhoz nagyban hasonlító, vagy hasonló eredményt hozó előírások.

Az írott sajtóban meglehetősen hatékonysággal bíró – ott sokat kritizált, Magyarországon szinte elképzelhetetlen ideálnak tűnő –, a sajtóval szembeni panaszokat vizsgáló bizottságon, a Press Complaints Commission-ön keresztül megvalósuló önkorlátozás működik. A PCC kódexének 2. pontja értelmében a sajtó köteles biztosítani bármely közleményére adandó válasz lehetőségét, amennyiben a közlemény – tényállításait tekintve – pontatlan volt.

Az elektronikus sajtót szabályozó törvények szigorú előírásokat tartalmaznak valamennyi televízió- és rádióadóra nézve. Ezek alapján mindenkit kötelező – az előző pontban már

részleteiben is tárgyalt – előírás az egyes műsorszámokban felvetett közéleti, politikai témák pártatlan, pontos, tisztességes bemutatása.⁶¹ A törvényben meghatározott általános kötelezettséget a médiahatóság, az Ofcom által kiadott, szintén kötelező erejű kódex (Broadcasting Code) részletezi. Így, közvetett formában mégiscsak megvalósul a válaszadás, legalábbis kielégítésre lelnek a mögötte álló, indokoltságát alátámasztó igények.

A közéleti személyiségek hírnévvédelmének, a rágalmazás [libel] *tortjának* határait a korábbiaknál jóval szűkebbre vonó új *common law* szabályai is utalnak a válaszjog közvetett elismerésére. Az e körben meghatározó Reynolds-ügyben született Lordok Háza-béli ítélet⁶² meghatározza az ún. „felelős újságírás” [responsible journalism] hozzávetőleges kritériumait, amelyek betartása esetén a sajtó még egyébként hírnévsértő, hamis állítás közzététele esetén is mentesülhet a felelősség alól. E kritériumok alapján a mentesülés megállapításakor figyelembe kell venni azt is, hogy kapott-e lehetőséget a felperes saját álláspontja kifejtésére, illetve, hogy a megjelent cikk vagy közzétett információ tartalmazta-e az ő álláspontját az adott kérdéstről. Bár az ítélet nem írja elő, hogy kizárólag ezen esetekben mentesülhet a sajtó, a későbbi gyakorlatot figyelembe véve egyértelmű, hogy a válaszadás lehetőségének biztosítása (ez esetben tehát általában a sérelmes állításokkal azonos időben történő közreadása) a jogellenesség megállapításakor igen komoly súllyal esik a latba.

Végezetül érdemes megemlíteni egy, szintén a rágalmazás jogában szereplő apró részletszabályt. A *'qualified privilege'* értelmében bizonyos eseményekről (bíróági, hatósági, parlamenti eljárásokról, bizonyos nyilvános ülésekről, eseményekről) való tudósítás, esetleg bizonyos (általában állami vagy egyéb hivatalos) forrásokból származó információk közzététele törvényi védeltséget élvez, azaz a hiteles, pontos közzététel, beszámoló eleve kizárja a rágalmazás megvalósulását. Ez alóli kivételt jelent azonban, ha a tudósításban szereplő, a benne foglaltakat sérelmező fél – megfelelő módon – a leírtak magyarázatát, pontosítását kívánta megjelentetni, ezt pedig a közzétevő megtagadta. A válaszjog tehát ugyan e szűk körben sem kényszeríthető ki, (ritkán előforduló) megtagadása azonban súlyos következményekkel járhat.⁶³

Csupán röviden utalnék e körben – a válaszadási jog széles körben történt elismerését demonstrálandó – a német és a francia szabályozásra.

A német szövetségi államban az írott sajtót az egyes államok sajtójogi szabályozása kötelezi a válaszok megjelentetésére. A német válaszjog általában tágabb a magyar sajtóhelyreigazításnál, ugyanis minden olyan esetben megilleti a válaszjog a német polgárt, amikor tényállítás jelenik meg róla, függetlenül az állítás sérelmes voltától vagy igazságtartalmától.⁶⁴ A válaszjog egyes szabályait időről-időre megtámadják ugyan az Alkotmánybíróságon, de a német Alkotmánybíróság kivétel nélkül alkotmányosnak ítélte azokat.⁶⁵

Az elektronikus sajtóban sincs egységes, szövetségi szintű szabályozás, az állami szinteken azonban a televíziókkal és a rádiókkal kapcsolatban is létezik a válaszjog, szintén a tényállításokkal összefüggésben.⁶⁶

A francia válaszjog az európai államokat tekintve a legszélesebb körű, ezáltal persze a legharsányabb vitákat is generálja. A Magyarországon is gyakran hivatkozott francia megoldás nálunk nem talált túl nagy megértésre, de a francia sajtójog kiváló ismerője, Roger Errera szerint a válaszadás szabálya, amely a francia sajtótörvény egyik legrégebbi előírása, nagyszerűen működik. A valóban rendkívül széles körű szabály jogot ad mindenkinek, akiről

⁶¹ A Communications Act 2003 319. szakaszának (2) bekezdés c) és d) pontja, illetve 326. szakasza

⁶² Reynolds v. Times Newspapers [2001] 2 AC 127

⁶³ Defamation Act 1996 15. szakasz (2) bekezdés

⁶⁴ ULRICH KARPEN: Freedom of the press in Germany. In *Press law and practice – a comparative study of press freedom in European and other democracies*. Article 19 – International Centre Against Censorship, 1993. 87-88.

⁶⁵ Ld. például a hamburgi sajtójoggal kapcsolatos döntést: 97 BVerfGE 125 (1998)

⁶⁶ Ld. ERIC BARENDT: *Broadcasting law – a comparative study*. Oxford: Clarendon Press, 1993. 162-163.

az írott sajtóban valami megjelenik, hogy bármely, őt érintő tényállításra vagy véleményre választ adjon, függetlenül annak igaz vagy sértő voltától.⁶⁷ A válaszadás létezik a francia elektronikus sajtóban is.⁶⁸

A válaszjog egyébiránt a francia és a német példán kívül is meglehetősen széles körben megtalálható, példának okáért Ausztriában, Hollandiában, Norvégiában, Spanyolországban is. Általában a hamis tények kiigazítására szolgál, de nem mindenhol feltétele a valóság bizonyítása, olykor bármely tényállítás ellenében (Németország), máskor pedig a véleményekkel szemben is alkalmazható (Franciaország), más megoldás szerint csak közvetve, a kiegyensúlyozottság szigorú előírásai biztosítják azt (mint Angliában, ugyanakkor megjegyzendő, hogy az Európai Unió számára ez a megoldás, tehát az irányelv vonatkozó rendelkezésének meglehetősen leszűkítő értelmezése is elfogadható).⁶⁹ Dél-Afrikában ellenben kis híján az Alkotmányba is bekerült a válaszadás joga,⁷⁰ míg az 1969-es Emberi Jogok Amerikai Egyezménye – az emberi jogi egyezmények közül egyetlenként – kifejezetten kötelezi a részes államokat a válaszadás jogának biztosítására, ezzel az emberi jogok szintjére emelve azt (14. cikk).

XI. Válaszjog az európai jogrendben

Az Európai Unió korábban Televíziózás Határok Nélkül EK-irányelvnek, míg 2007-es módosítását követően Audiovizuális Médiaszolgáltatásokról szóló irányelvnek⁷¹ nevezett, a tagállamokra nézve kötelező erejű normája előírja, hogy a személyhez fűződő jogok, különösen a jó hírnév és a becsület hamis tényállításokkal, a televíziós műsorszolgáltatásban történt megsértése esetére a tagállamok biztosítsanak kötelező szankcióként válaszjogot, vagy annak megfelelő elégtételt (23. szakasz). A válaszjog tehát 'túlélte' az irányelv digitális technikához való igazítását, azaz az említett rendelkezés – a korábbiakhoz hasonlóan – érvényben maradt. Ugyanakkor az irányelv nem terjesztette ki a válaszjogot a „nem lineáris”, tehát egyedileg lehívható – interneten vagy digitális műsorszórással terjesztett –, egyébként a módosított irányelv hatálya alá tartozó audiovizuális szolgáltatásokra.

Az Európa Tanácson belül létrejött, A határokat átlépő televíziózásról szóló európai egyezmény is előírja a kötelező válaszjogot (8. szakasz). A strasbourgi Emberi Jogok Európai Bizottsága is elismerte a válaszjogot a szólásszabadság jogos korlátjaként.⁷²

XII. A fairness-doktrína és a válaszjog az Egyesült Államokban

Az Egyesült Államok médiahatósága, a Federal Communications Commission által kidolgozott *fairness-doktrína* sajátosságai, illetve az amerikai válaszadási jognak az európai felfogástól való alapvető eltérései indokolják az amerikai jogrend vonatkozó szabályainak önálló tárgyalását.

⁶⁷ ROGER ERRERA: Press law in France. In *Press law and practice – a comparative study of press freedom in European and other democracies*. Article 19 – International Centre Against Censorship, 1993. 68. o.; SAJÓ (2005), i. m. 50-51.

⁶⁸ Ld. BARENDT (1993), i. m. 163.; SAJÓ (2005), i. m. 51.

⁶⁹ SANDRA COLIVER: Comparative analysis of press law in European and other democracies. In *Press law and practice – a comparative study of press freedom in European and other democracies*. Article 19 – International Centre Against Censorship, 1993. 272-273.

⁷⁰ Az eredeti szövegtervezetben még szerepelt, ld.: STEPHEN SEDLEY: Information as a human right. in: JACK BEATSON – YVONNE CRIPPS (szerk.): *Freedom of expression and freedom of information. Essays in honour of Sir David Williams*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2000. 243.

⁷¹ A 2007/65/EK irányelvvel, valamint a 97/36/EK irányelvvel módosított 89/552/EGK irányelv

⁷² Ediciones Tiempo S. A. v. Spanyolország (Case no. 13010/87), admissibility decision (1989)

A fairness-doktrína alkotmányosságának bíróságok általi elismerése az Első Kiegészítést szinte szentségként tisztelő amerikai jogfelfogás tradícióján teljes mértékben kívül esik,⁷³ beillesztése a szólásszabadság szigorú, gondos aprólékossággal meghatározott korlátainak sorába szinte megmagyarázhatatlan.

A fairness-doktrína alapján az FCC előírta, hogy valamennyi televízió- és rádióadó, adásidejének egy bizonyos részét kötelezően a (helyi) közügyeknek szentelje, az azokról szóló műsorok pedig – valamennyi álláspontot bemutatva – sokoldalúan, elfogulatlanul, kiegyensúlyozottan mutassák be a vitatott kérdéseket. Ezen felül létezett még – a doktrína kiegészítéseképpen – az ún. *'personal attack rule'* (a „személyes megtámadás szabálya”), amelynek értelmében amennyiben egy, a közösséget érintő vitatott kérdés tárgyalása során valamely műsorban valakinek a személyét, becsületét, integritását vagy más személyes tulajdonságát támadás éri, a megtámadott félnek megfelelő lehetőséget kell biztosítani a válaszadásra. A csatornának ráadásul efféle támadás esetén írásban fel kell hívnia a megtámadott fél figyelmét a támadás tényére, illetve rendelkezésére kell bocsátania a műsorban elhangzott szöveget. A doktrínát szintén kiegészítő *'political editorializing rule'* értelmében pedig, választási időszakokban, amennyiben a műsorszolgáltató maga nyilvánított véleményt valamely jelölt mellett, vagy éppen ellene, a vele szemben álló jelöltet vagy a kritizált felet kellett hasonlóképpen értesíteni, és megfelelő lehetőséget kellett adni neki a válaszadásra. A szabályrendszer tehát sajátos módon egyesítette magában a közösségi viták előmozdításának kötelezettségét, a válaszadás jogát és a kiegyensúlyozottság követelményét.

A Legfelső Bíróság a híres Red Lion-ügyben megállapította ezen szabályok alkotmányos voltát.⁷⁴ Az ügy előzménye az volt, hogy a pennsylvaniai Red Lion rádióadó egyik műsorában a műsorvezető egy könyv szerzőjét, bizonyos Fred J. Cook-ot kommunista elfogultsággal vádolta meg. A vitatott könyv Barry Goldwater republikánus szenátorról próbálta meg 'lerántani a leplet'. Amikor a szerző tudomást szerzett az elhangzottakról, ingyenes műsoridőt kért a válaszadásra, amelyet a csatorna megtagadott. Az FCC pedig megállapította a fairness-doktrína előírásainak megsértését.

Az ítélet indoklása, amely jóváhagyta a médiahatóság döntését – dacára az erőteljes, eredeti érvelésnek – nem vált más döntésekhez hasonlóan jogi klasszikussá, pedig számos olyan – Európában javarészt általánosan elfogadott – érvet tartalmaz, amelyek együttesen a sajtószabadság korábbi felfogásához képest annak jóval inkább közösségi szempontú értelmezését adják ki.

Az egyhangú döntés indoklását jegyző White bíró szerint az elektronikus sajtóban jelentkező frekvenciaszűkösségből következő engedélyeztetési rendszeren keresztül műsorszolgáltatói engedélyhez jutottak nem zárhatnak ki mindenki mást a műsorszórásból: nekik a közösség megbízottjaiként vagy meghatalmazottaiként kell eljárniuk. Az engedély dacára a közösség egésze fenntartja azon jogát, hogy az egyes médiumok az Első Kiegészítés szándékainak és célkitűzéseinek megfelelően működjenek. E viszonyban nem a közlő, hanem a közönség jogai a legfontosabbak. Ennek megfelelően nem alkotmányellenes, mert nem összeférhetetlen az Első Kiegészítés mögöttes céljával, ha a médiumokat arra kötelezik, hogy segédkezzenek a tájékozott közvélemény kialakításában. A sajtószabadság nem jelenthet menedéket a korlátozatlan magáncenzúra számára, amely olyan médiumokon valósul meg, amelyek nem hozzáférhetőek bárki számára.

A fairness-doktrína később nem is került a Legfelső Bíróság elé, gyakorlati alkalmazását az egyes kerületi bíróságok ítéletei pontosították. A *Brandywine v. FCC* ügyben⁷⁵ az egyik kerületi bíróság megállapította, hogy a doktrína nem kíván meg többet, mint a bemutatott nézetek közötti egyfajta *hózzávetőleges egyensúlyt*, amely azonban nem jelenti azok kimért, precíz egyenlőségét.

⁷³ OWEN M. FISS: Free speech and social structure. *Iowa Law Review*, July 1986. 1416.

⁷⁴ *Red Lion Broadcasting v. FCC* 395 U.S. 367 (1969)

⁷⁵ 473 F. 2d. 16 (1972)

A bíróságok eredendően jóváhagyták az FCC azon utasítását, amely alapján azoknak a csatornáknak, amelyek cigaretta-reklámokat közöltek, megfelelő időt kellett biztosítaniuk a dohányzásellenes nézetek képviselőinek is.⁷⁶ E szabály folyományaként később a környezetvédők is jogilag védett lehetőséget kaptak álláspontjuk közzétételére az autókat és az ólmozott üzemanyagot hirdető cégekkel szemben.⁷⁷ A beláthatatlan következmények láttán az FCC kivonta a doktrína alkalmazási köre alól a fizetett hirdetéseket.⁷⁸

Más jellegű problémákat okozott a „vitatott közérdekű ügyek” körének meghatározása. Egy esetben például a bíróság nem engedélyezte a doktrína alkalmazását, amikor a kérelem a nyugdíjreformmal kapcsolatos alternatív álláspont megjelenítésére irányult. A megkérdőjelezhető döntés alapján a reformot széles körű közmegegyezés övezte, az nem volt vitatott ügynek tekinthető.⁷⁹

A következő kérdés az volt, hogy vajon mely programokban kell biztosítani a megkövetelt egyensúlyt? Amennyiben ez a kötelezettség minden olyan programra kiterjedt volna, amely akár a legcsekélyebb mértékben is, de tartalmazott híryananyagot, közérdekű információkat is, úgy a doktrína szinte betarthatatlanná vált volna.⁸⁰

Érdemes röviden felidézni a fairness-doktrína körül a jogtudományban zajló amerikai vitákat, mert a felmerülő érvek legtöbbször az Európában létező kiegyensúlyozottság követelményével, illetve a válaszadási joggal szemben vagy érdekében is megfogalmazható, így saját vitáinkban is relevánsak lehetnek.

Az első érv, hogy a Red Lion-döntés, még ha el is fogadjuk az indoklás érveit, kizárólag a frekvencia-szűkösség korának technikai környezetében bírhat meggyőző erővel. Akadtak olyanok is, akik már évtizedekkel korábban tagadták a szűkösség érvének megalapozottságát, mivel már akkor kevesebb napilap létezett, mint például televízióadó.⁸¹ A szűkösség egyébként nem korlátozódik a frekvenciákra, gyakorlatilag bármely más, állami tulajdonú erőforrás is csak szűkösen áll rendelkezésre, mégsem kötelezi az Állam azok kiaknázóit a doktrínához hasonló szigorúságú korlátozásoknak való megfelelésre.⁸² E nézet ellen vethető, hogy a sajtószabadság másféle 'áru', itt vitathatatlan közérdek fűződik a korlátozáshoz, a szűkösség megszűntével vagy természetes mivoltával érvelők elfeledkeznek arról, milyen mértékben képes a magántulajdonú sajtó gátolni a demokrácia működését, kiteljesedését.⁸³ A szűkösség ma is fennáll, ha nem is technikai értelemben: kevesen rendelkeznek olyan erőforrásokkal, amelyek lehetővé tennék a sajtópiacon való tulajdonszerzést. Ez sem lenne önmagában megfelelő indoka a korlátozásnak, ha nem ismernénk el a sajtó közösségi szerepét.⁸⁴ A szűkösség pedig azért még nem teljesen merült feledésbe: még ma is meghatározó a szerepük a földi frekvenciát használó csatornáknak. A demokratikus megközelítés pedig azt is megköveteli, hogy kiemelt jelentőséget tulajdonítsunk a mindenki számára, többé-kevésbé ingyenesen (például műsorszolgáltatási díj megfizetése fejében) hozzáférhető csatornáknak.

A Red Lion-döntés egyébként érvelésében nem is elsősorban a szűkösségre, hanem a sajtó attól függetlenül is létező közösségi szerepére alapozta a korlátozás alkotmányosságának

⁷⁶ Branzhaf III. v. FCC 405 F. 2d. 1082 (1968)

⁷⁷ Friends of the Earth v. FCC 449 F. 2d. 1164 (1971)

⁷⁸ A bíróság pedig jóváhagyta mindezt: National Citizens Committee for Broadcasting & Friends of the Earth v. FCC 567 F. 2d. 1095 (1977)

⁷⁹ National Broadcasting Co. v. FCC 516 F. 2d. 1101 (1975)

⁸⁰ American Security Council, Education Foundation v. FCC 607 F. 2d. 438 (1979)

⁸¹ L. A. POWE, JR.: Or of the (broadcast) press. *Texas Law Review*, 1976. 55-56.

⁸² RONALD COASE: The Federal Communications Commission. *Journal of Law and Economics*, 1959. 14-18.

⁸³ WILLIAM W. VAN ALSTYNE: The mobius strip of the First Amendment: Perspectives on Red Lion. *Supreme Court Law Review*, 1978. 562.

⁸⁴ OWEN M. FISS: *The irony of free speech*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996. 59.

megállapítását.⁸⁵ A sajtószabályozás uralkodó alátámasztása többé egyébként sem lehet a szűkösség, fenntartását annak közösségi fórum-jellege igazolja, és ez független attól, hogy engedély alapján sugároz-e a műsorszolgáltató, avagy sem (a kötelezettségek mértékében az egyes műsorszolgáltatók között természetesen lehetséges az eltérés).⁸⁶

A fairness-doktrína ellenében felvethető következő érv, hogy a szigorú megkötés, illetve az abból eredő mérhető anyagi veszteség arra ösztönzi a műsorszolgáltatókat, hogy – a lehetséges következmények megelőzése érdekében – kerüljék el a vitás, ellentmondásos ügyek tárgyalását, arra sarkallja őket, hogy minél semlegesebb, minél kevésbé vitatott témákkal foglalkozzanak,⁸⁷ a doktrína tehát alkalmatlan célja betöltésére.⁸⁸ Ez az érv is felmerült már a korábbiakban, a cáfolatul szolgáló ellenvetések is ismerősek már. Először is, a közügyek eltűnése a korlátozás hatására elsősorban csak egy feltételezés, bekövetkezte a tartalomszabályozás eszközeivel részben egyébként is megelőzhető. Ettől függetlenül, ha az előírásnak valóban vannak ilyen feltételezett következményei, az valóban súlyos problémát jelent, amellyel foglalkozni kell, de azt a gyakorlatban kell vizsgálni, és megfelelően szűk előírásokkal csökkenteni bekövetkeztének esélyeit.⁸⁹ A modern tömegmédia apolitikus mivoltát aligha köszönheti elsősorban a kiegyensúlyozottság követelményének. Az összesített mérleget kell megvonni, és amennyiben a szabály többet segít céljának elérésében, mintsem hátráltatná azt, indokoltsága elfogadható lehet.⁹⁰

A harmadik érv talán a legegyszerűbb és leghatásosabb: a doktrína azért elfogadhatatlan, mert ellentétes a sajtószabadság alapvető jogával.⁹¹ Az egyensúlyozás ellenőrzését állami szerv kezébe teszi le, amely már önmagában is a szabadság korlátozása, mivel ez a szerv dönti majd el, melyik ügy 'vitatott' a társadalomban, és mely nézetek érdemlik meg a hozzáférést a sajtóhoz. Az állami szerv óhatatlanul preferálni fogja a már 'bevett' véleményeket, az 'eretnek', kisebbségi álláspontoknak nem lesz túlzottan nagy esélye, ezért a doktrína nem érheti el egyik fő célját, a közösség szembesítését a lehetséges, alternatív nézőpontokkal. Az állam ezen felül pedig még önkényesen vissza is élhet a ráruházott hatalommal.⁹² Az állami kontroll csökkentésével, például a kiegyensúlyozási kényszer kiiktatásával, egy pusztán a közügyek meghatározott mértékű tárgyalását előíró doktrína azonban még az állami beavatkozást eredendően ellenzők számára is elfogadható lehet.⁹³

A szabályozás védelmezői elismerik, hogy számos kényes határeset merült fel annak alkalmazása során. A nehezen eldönthető kérdések léte azonban önmagában még nem elég súlyos érv: más 'hard case'-szel is szembesülünk a jogalkalmazás során, de ezekkel inkább meg kell birkózni, mintsem megijedni tőlük. Ha a körülmények indokolják a nehéz ügyek szaporítását, mint például a sajtó ügyében, indokolatlan a hezitálás.⁹⁴

A fairness-doktrína végül – nem csituló viharok közepette – 1987-ig maradt hatályban, amikor is maga az FCC döntött alkalmazásának megszüntetése mellett. Az alkalmazás megszűnését

⁸⁵ ROBERT C. POST: Meiklejohn's mistake: individual autonomy and the reform of public discourse. *University of Colorado Law Review*, Fall 1993. 1127.

⁸⁶ CHARLES W. LOGAN: Getting beyond scarcity: a new paradigm for assessing the constitutionality of broadcast regulation. *California Law Review*, December 1997. 1709-1714.

⁸⁷ KENNETH L. KARST: Equality as a central principle in the First Amendment. *University of Chicago Law Review*, 1975. 49.; THOMAS G. KRATTENMAKER – L. A. POWE, JR.: The fairness doctrine today: a constitutional curiosity and an impossible dream. *Duke Law Journal*, 1985. 162.

⁸⁸ VINCENT BLASI: The checking value in First Amendment theory. *American Bar Foundation Research Journal*, 1977. 626-631.

⁸⁹ BOLLINGER (1991), i. m. 126-128.

⁹⁰ FISS (1996), i. m. 60.

⁹¹ VAN ALSTYNE, i. m. 574.

⁹² STANLEY INGBER: The marketplace of ideas: a legitimizing myth. *Duke Law Journal*, February 1984. 61-63.

⁹³ EDWIN C. BAKER: *Human liberty and freedom of speech*. New York, Oxford: Oxford University Press, 1989. 260-262.

⁹⁴ BOLLINGER (1991), i. m. 123-124.

egy kerületi bíróság hagyta jóvá.⁹⁵ A 'personal attack rule', immár elválasztva a doktrínától, továbbra is érvényben maradt, bár ritkán kerül alkalmazásra.⁹⁶

Az írott sajtót kötelező válaszjog kérdése a fairness-doktrínához képest kevesebb port vert fel az Egyesült Államokban. A válaszjogot kreáló állami szabályozást a Legfelső Bíróság a Red Lion-döntés 'furcsa párjaként' értelmezhető, azt alig öt évvel követő Miami Herald v. Tornillo ügyben⁹⁷ nyilvánította alkotmányellenesnek.

A megsemmisített floridai szabály előírta, hogy amennyiben egy köztisztviselőre pályázó jelöltet támadás ér az írott sajtóban, ugyanazon sajtóterméknek kötelezően lehetőséget kell adnia a válaszadásra. Amikor a *Miami Herald* című lap megtámadta Pat Tornillo, floridai képviselőházi tagságra aspiráló jelöltet, a támadás alá vett fél megpróbálta érvényesíteni válaszadási jogát, amelyet az újság megtagadott. A floridai Legfelső Bíróság másodfokon igazat adott Tornillonak.

A Red Lion-hoz hasonlóan egyhangú döntésben a szövetségi Legfelső Bíróság elismerte a válaszjog létét alátámasztó indokok jogosságát, mégsem ítélte azokat elég erősnek. Az indoklás először hosszasan elemzi a sajtó korlátozatlanágából fakadó visszasságokat, a hozzáférés nehézségeit, az eluralkodó üzleti szellem okozta problémákat. Kitér arra a változásra is, amelynek eredményeképpen a sajtót az Első Kiegészítés szövegezésének idejéhez képest ma már egészen más mechanizmusok működtetik. Mindezek elismerése mellett is úgy vélte azonban, hogy a rendelkezés a sajtószabadságba, illetve a szerkesztési szabadságba való olyan mértékű beavatkozás, amely nem tekinthető alkotmányosnak. Az indoklás második fele túlzás nélkül az állami beavatkozás nélkül működő, szabályozatlan sajtó *apoteózisa*.

A válaszjog előírása a döntés szerint – eredendő szabadságellenességén túl – az elérni kívánt céllal ellentétes hatást is kifejtethet: (ön)cenzurális hatása miatt megbéníthatja a nyilvános vitát. A döntés furcsamód egyetlen szóval sem említi a korábbi, homlokegyenest ellentétes érvelésre épülő Red Lion-döntést, nem is foglalkozik annak érveivel.

A Miami Herald-döntés azonban mégsem tekinthető a válaszjoggal való egyszer s mindenkorra való 'leszámolásnak'. Nem tudjuk meg belőle, hogy a szűkebb hatókörű, csupán a rágalmozó állításokkal szembeni válaszjog is alkotmányellenes lenne-e⁹⁸ (bár ma aligha lenne elképzelhető egy ehhez hasonló szabályozás alkotmányosságának elfogadása). Nem érinti továbbá azon – számos államban létező – szabály érvényét, amely szerint, ha a sajtótermék, amely a kérelmező szerint hírnevét sértő állítást tett közzé, hajlandó erre irányuló kérelem esetén kiigazítani a vitatott állítást, ezzel jelentősen csökkentheti a – későbbi esetleges eljárásban megállapított jogsértés esetén – kirótt kártérítés összegét (ezek az ún. *visszavonási* [retraction] *törvények*).⁹⁹ Bizonyos, az állami beavatkozástól egyébként óvakodó szerzők egy esetlegesen korlátozottabb válaszjogot még a sajtószabadsággal összeférhetőnek tartanának (pl. amely csak magánszemélyeket illetve meg¹⁰⁰); mindenesetre újabb kísérlet a válaszadási jog bevezetésére nem történt.

A Legfelső Bíróság két alapítélete jócskán ellentmond egymásnak, feszültségük egész egyszerűen feloldhatatlan, mert azok a sajtószabadság két, tökéletesen ellentétes felfogásán alapulnak.

XIII. Összegzés

⁹⁵ Syracuse Peace Council v. FCC 867 F. 2d. 654 (1988)

⁹⁶ JEROME A. BARRON: The right of reply to the media in the United States – resistance and resurgence. *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 1992/93. 6-7.

⁹⁷ 418 US 241

⁹⁸ JEROME A. BARRON: Rights of access and reply to the media in the United States today, *Communications and the Law*, April 2003. 5.

⁹⁹ Az ún. retraction-törvényekről ld. JOHN FLEMING: Retraction and reply: alternative remedies for defamation. *University of British Columbia Law Review*, 1978. 15.

¹⁰⁰ BLASI, i. m. 626-627.

A sajtó-helyreigazítás vagy válaszjog intézménye kettős célt szolgál: a személyiség védelmén túl a megfelelő tájékoztatás követelményét is igyekszik kikényszeríteni. E többek által vitatott kettősség 'bizonyítékait' a hatályos magyar jogrendben is láthatjuk, a fentiekben már számba is vettük, itt most csak röviden utalnék rájuk: (1) a sajtó-helyreigazításnak nem feltétele a hírnév sérelme, a hamis, félrevezető tényállítás elegendő; (2) a közérdek sérelme esetén a törvényben megjelölt szervek közkeresettel élhetnek hamis közlés esetén; (3) a sajtó felróhatóságtól független felelőssége arra utal, hogy ebben az esetben a megfelelő tájékoztatás fontossága megelőzi a sajtó korlátozatlansághoz fűződő érdekét.

Mindig van abban valami félreérthetetlen pikantéria, amikor a sajtót korlátozó valamely rendelkezésről szinte kizárólag magából a sajtóból szerzünk tudomást, érvek és ellenérvek a sajtó 'szűrőjén' keresztül jutnak el hozzánk. Ez eleve kizárja az elfogulatlan vitát. Ha pedig egy kérdésben nem feltétlenül és kizárólagosan a korlátozatlan szólás mellett dönt az adott szerv (parlament, Alkotmánybíróság, bíróság, nyomozóhatóság stb.), hanem esetleg más érdekeket is figyelembe vesz, akkor a sajtó ezt a döntést automatikusan a kádári idők visszatérésével fenyegető lépésnek, de legalábbis a demokratikus normák teljes áthágásának láttatja. Ideje lenne rájönnünk: a szabadság nem korlátlan, olykor éppen hatékonyabb megvalósítása miatt szorul korlátozásra, a múlt rendszerből örökölt problémák pedig egyaránt, ha nem is azonos mértékben sújtanak mindannyiunkat. Igaz ez a jogrendszer egészére vagy az igazságszolgáltatásra, de éppúgy igaz ez a sajtóra is. Az eltérő érdekek folyamatos egyensúlyozást, az együttélés fejében némi lemondást követelnek.

A sajtó-helyreigazítás, avagy válaszjog megítélésekor az egyik lehetséges út annak elismerésével kezdődik, hogy a sajtó alapvető feladatai közé tartozik az állampolgárok közötti viták lefolytatásának lehetővé tétele, továbbá az is, hogy a sajtó tegyen kísérletet 'az igazság' feltárására. Vélhetjük úgy, hogy a sajtó, ha nem is feleltethető meg az athéni agórának, de olyan közös fórum, amely az egyes álláspontok kifejtésének egyetlen hatékony terepe, működőképes eszköze. A sajtóhoz való hozzáférésre a *közönség egészének érdekei miatt van szükség*, hiszen minden egyes magyar polgár követelheti a megfelelő tájékoztatást, a különböző, eltérő gondolatokhoz való hozzájutást. Mindebből pedig az következik, hogy a sajtóhoz való, szűk körű hozzáférés – például a válaszjog is – (1) alapvetően demokratikus jogintézmény; (2) az állampolgárok tájékoztatási érdekeit, tájékozódási igényeit szolgálja; (3) nem ellentétes a sajtószabadság eszméjével, hanem éppen ellenkezőleg, a sajtó mozgásterének némi korlátozása árán teljesíti ki a gyakorlatban annak sokoldalú jelentését, mutat példát annak kellően árnyalt értelmezésére. E tanulmány talán első olvasáskor zavarba ejtő címe így nyerhet értelmet.

THE RIGHT OF REPLY: THE LIMITATION OR THE WIDENING OF PRESS FREEDOM?

ANDRÁS KOLTAY

The right of reply means that if somebody is attacked or defamed in the media—in certain conditions, which can vary from state to state—that person has the right to have his answer published in the same medium where the original statements were published.

So what is the role of the right of reply? It can be justified by two different arguments: first is the more effective or more fitting protection it can provide for the damaged reputation. The second argument for the right of reply is even more powerful. It is concerned with the robust public debate any democratic society should maintain.

The right takes not only the reputational interests, but also the interests of the public into account: the obligation to publish the reply is justified by the need to inform the people on the broadest possible basis and to make diverse sources of information available for them.

The right is inevitably a restriction of the freedom of the press, more specifically of the editor's freedom. The obligation to publish a reply puts a burden on the press in the form of costs and loss of profits, therefore the possibility of such a disadvantage may cause the press to refrain from publishing

any controversial statements or opinions, where there can be expected a possible request for reply. The medium is compelled to publish a statement which is not its own, which it does not agree with.

Many commentators think that in the new media environment all argument for access or reply rights will be meaningless, because scarcity will come to an end with new technology and the diversity of opinions could flourish without any limitation. These fairly optimistic views all tend to miss some important points: the sociological problem of the possible fragmentation and segmentation of society caused by the new media technologies; the enormous market advantage of the present media giants which seems to be distorting the competition; the habits and opportunities of people in gathering information, which naturally focus only on a few—usually the most powerful—actors in the media; and the reputational interests which most effectively could be served in the very same medium where the harmful statements were published.

The media around us is rapidly changing, so its regulation is needed to be reconsidered over and over again, but, even against a strong tendency of liberalisation, the European ‘paradigm’ of free speech will preserve the right of reply in some form—at least in broadcasting and the press. In the balancing process—as opposed to the US system—the rights of the community may sometimes prevail over the individuals’ rights.

Mészáros Ádám

Adalékok a jogellenesség – társadalomra veszélyesség kérdésköréhez

A cselekmény társadalomra veszélyességének kategóriáját a magyar büntetőjogba az 1950. évi II. törvény (Btá) vezette be. Az elmúlt majd hatvan évben rengetegszer került az érdeklődés középpontjába az időközben ideológiai töltésétől megtisztult fogalom. A tudományos viták eredményeképpen a Btk. Igazságügyi és Rendészeti Minisztérium által elkészített új Általános részi tervezete határozottan foglal állást a társadalomra veszélyesség száműzéséről a bűncselekmény fogalmából. Felmerült ugyanakkor a jogellenesség kodifikálásának lehetősége. A tanulmány tárgya annak megvizsgálása, hogy mi okozta a társadalomra veszélyesség körüli valós vagy vélt bonyodalmakat, az milyen viszonyban áll a (materiális) jogellenességgel, illetve mit nyer a jogalkalmazás a bűncselekmény formálissá válásával.

A vizsgálat aktualitását többek között az is nyújtja, hogy a jogellenesség (jogtalanság) témakörében nemrégiben a Szegedi Tudományegyetem berkei között két jeles tanulmány is született. *Nagy Ferenc* Professzor Úr német dogmatikai háttérrel alapul véve a jogtalanság/jogellenesség és a bűnösség elválasztásáról¹, míg *Pokol Béla* Professzor Úr a jogellenesség és a jogi tárgy viszonyáról² folytatott kutatásának eredményét tárta a közönség elé. Az alábbi tanulmánnyal az előzőekben ismertetetten kívüli a célom így az is, hogy – adott esetben ellenvetések megfogalmazásával, bizonyos témakörök továbbgondolásával – a lehetőségekhez mérten tovább színesítsem a két hivatkozott dolgozat által felvetett problémák körét.

1. A büntetőjogi felelősség meghatározása

Mivel a problémakör alapvetően a büntetőjogi felelősséggel kapcsolatos, szükségesnek tartom röviden ismertetni az alapul szolgáló kategóriákat. *Felelősség* alatt általános értelemben valamely cselekmény következményeinek viszonzási kötelezettségét értjük. A *büntetőjogi felelősség* ennél szűkebb: a bűncselekményt elkövető személy azon kötelezettségét jelenti, amellyel vállalja az emiatti büntetőjogi következményeket. A büntetőjogi felelősségnek alapvetően két oldala különböztethető meg.

Filozófiai oldala és egyben előfeltétele a felróhatóság kérdéséhez kapcsolódik: a büntetőjogi felelősségre-vonhatóság alapját egyrészt a kanti általános erkölcsi törvény adja, amennyiben megmondja azt, hogy mi, illetve mi lenne a helyes viselkedés; másrészt az ember szabad akaratának feltételezése: az erkölcsi törvény által kijelölt helyes, vagy azzal szembeni helytelen cselekvés között az ember szabadon választhat. Amennyiben a helytelen cselekvést választja, a választási képessége és lehetősége miatt lesz magatartása részére felróható, és emiatt van lehetőség vele szemben büntetőjogi hátrányt alkalmazni.³

A büntetőjogi felelősség *jogi alapja* a bűncselekmény elkövetése. A bűncselekmény fogalma, pontosabban annak egyik materiális eleme a tárgya a további vizsgálatnak.

¹ *Nagy Ferenc*: A jogtalanság, illetve a jogellenesség és a bűnösség elválasztásáról – német dogmatikai háttérrel. In: Jogelméleti Szemle 2007. évi 4. sz.

² *Pokol Béla*: A jogellenesség és a jogi tárgy mint a büntetőjogi dogmatika kategóriái. In: Jogelméleti Szemle 2008. évi 3. sz.

³ Lásd erről bővebben: *Mészáros Ádám*: A jog eredetének és a büntetés jogának egyes filozófiai alapkérdései. In: De iurisprudentia et iure publico. 2007/1-2. szám. (http://www.dieip.hu/2007_1_04.pdf)

2. A bűncselekmény fogalma

A bűncselekmény fogalmának kérdése aktualitást az új Büntető törvénykönyv – pontosabban a Büntető törvénykönyv új Általános része – kodifikációs munkálatai során nyert. Az alapvető kérdést az jelentette, hogy a társadalomra veszélyesség kategóriája a továbbiakban is helyet kapjon-e a bűncselekmény törvényi fogalmában. Ebből kiindulva elvileg két megoldás maradt az éppen aktuális kodifikációs bizottság kezében: a bűncselekmény fogalmának továbbra is materiális, avagy a Csemegi-kódex Általános részének hatálya idejére visszanyúlva, annak formális meghatározása.

2.1. A bűncselekmény tudományos fogalma

Hazai viszonylatban egészen a XIX. század második feléig a bűncselekmény fogalmának nem volt dogmatikai meghatározása. Ezt követően sem annyira a bűncselekmény, mintsem a tényálladék fogalma került az érdeklődés középpontjába. A magyar büntetőjog kezdetektől fogva alapvetően a német bűncselekmény-fogami megoldáshoz állt közelebb. A *német modellre* az elméleti tisztaságra való törekvés jellemző, azonban ennek következtében bonyolult és absztrakt bűncselekményfogalmat érvényesít. A bűncselekmény fogalma a német büntetőjogban több elemre, illetve részelemre bomlik, s ezek között általában a cselekmény (*Handlung*), az objektív és szubjektív elemeket is tartalmazó tényállásszerűség (*Tatbestandmäßigkeit*), a jogellenesség (*Rechtswidrigkeit*) és a bűnösség (*Schuld*) különül el⁴. E fogalmi vázat a különböző szerzők sokszor különböző tartalommal ruházzák fel, de a keret lényegében mindvégig megmarad⁵.

A bűncselekmény fogalmának meghatározásával elsőként komolyabban foglalkozó hazai szerzők a bűncselekmény fogalmának elemeiként a büntetendő cselekmény mellett a jogellenességet tették (Angyal Pál, Finkey Ferenc), később egészült ki a bűncselekmény fogalma a bűnösséggel (Vámbéry Ruzstem, Irk Albert)⁶. A bűncselekmény ezek fényében olyan cselekmény, amely jogellenes, büntetendő és bűnös. Ez a fogalmi váz később úgy pontosult, hogy a büntetendőség helyére a tényállásszerűség került, így a bűncselekménynek az olyan cselekmény minősül(t), amely tényálladákszerű, jogellenes és bűnös (Heller Erik⁷, Nagy Ferenc⁸). Egyes hazai szerzők a bűncselekmény törvényi fogalmának materiálissá válásával (a Btá. hatályba lépésével) a bűncselekmény tudományos fogalmában is hasznosították a társadalomra veszélyesség kategóriáját. A bűncselekmény tudományos fogalmával kapcsolatban végezetül Erdősy Emil említendő meg, aki legújabb bűncselekmény-fogalmi koncepciójában a bűncselekmény fogalmi elemeit felcseréli. Érvelése szerint az elfogadott sorrend (tényállásszerűség, jogellenesség, bűnösség) nem felel meg a valóságnak: a jogalkalmazó ugyanis az első lépcsőben azt vizsgálja, hogy mi történt, és ki az elkövető. A jogalkalmazó első sorban a történeti tényállást állapítja meg: az adott cselekmény veszélyes-e a társadalomra és az elkövető bűnös-e. Ezek után kerül sor a cselekmény büntetőjogi minősítésére: a történeti tényállás melyik törvényi tényállás kereteibe illeszthető. A bűncselekmény ismérvei tehát Erdősy szerint: cselekmény, társadalomra veszélyesség,

⁴ Lásd korábban Mezger (*Mezger, Edmund: Strafrecht. Duncker&Humblot. München und Leipzig, 1931. 89. p.*), illetve napjainkban: Wessels (*Wessels, Johannes – Beulke, Werner: Strafrecht. Allgemeiner Teil. C.F. Müller Verlag. Heidelberg, 2004. 30. p.*)

⁵ Lásd erről bővebben: Gropp, Walter: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Springer. 2001. 99 – 103. p.*

⁶ Lásd bővebben: Lakó Ibolya: A bűncselekmény-fogalom alakulása hazánkban a századfordulótól a Btá-ig. in: Horváth Tibor – Szűk László: *Büntetőjogi szakirodalom-gyűjtemény. I. kötet. Tankönyvkiadó. Bp., 1987. 347-363. p.*

⁷ Heller Erik: *A magyar büntetőjog általános tanai. Grill. Bp., 1945. 75. p.*

⁸ Nagy Ferenc: *A magyar büntetőjog általános része. Korona. Bp., 2001. 134. p.*

bűnösség, tényállásszerűség.⁹ Ez a megoldás, azon túl, hogy nem alkalmazott, nincs tekintettel arra a meglehetősen gyakori esetre, amikor a nyomozás ismeretlen tettes ellen indul. A jogalkalmazó (és itt most nem csak a bíróra gondolok) a beérkezett adatok ismeretében legelőször azt állapítja meg, hogy milyen törvényi tényállás látszik megvalósulni. Ez még akkor is így van, ha nyilvánvalóan nem büntethető (pl. gyermekkorú) elkövetővel van dolga. Az egy másik kérdés, hogy ha az elkövető gyermekkorú, főlegesen azt vizsgálni, hogy cselekménye társadalomra veszélyes-e vagy sem. De ebben az esetben a bűnösség vizsgálata megelőzi a társadalomra veszélyesség vizsgálatát. A felvázolt modell tehát a gyakorlatban sem állja meg feltétlenül a helyét, amit egyébként a szerző a tudományos igényű elméletek mércéjének tekint.

2.2. A bűncselekmény törvényi fogalma

A bűncselekmény törvényi meghatározásának alapvetően kétféle megoldása alakult ki. Az ún. *formális* megoldás lényege az, hogy a törvény a bűncselekmény fogalmát csupán a nullum crimen/nulla poena sine lege elvével írja le, azaz csupán annyit rögzít, hogy bűncselekményt csak az a cselekmény képez, amit a törvény annak nyilvánít (büntetni rendel).

Abból kiindulva, hogy a bűncselekmény formális meghatározásából nem lehet megismerni azt, hogy a törvény milyen okból nyilvánít egy cselekményt bűncselekménnyé, alakultak ki az ún. *materiális* bűncselekmény-fogalmi meghatározások. A bűncselekmény ilyen meghatározásában a büntetendőség mellett alapvetően a társadalomra veszélyesség és a bűnösség kapott helyet. Fontos azonban kiemelni, hogy a bűncselekmény fogalma *csak akkor* tekinthető *formálisnak*, ha a büntetni rendeltségen kívül mást nem tartalmaz. *Materiálisnak* ellenben *nem csak akkor* tekinthető, ha a társadalomra veszélyesség szerepel benne. A materiális (anyagi) bűncselekmény-fogalmi meghatározásnak az a feladata, hogy „azokat a feltételeket, amelyek esetére az állam büntetést állapít meg, magába felvegye”.¹⁰ E két alapvető tétel figyelmen kívül hagyása tévedésre és következetlenségre adhat okot. Tovább bonyolítja a helyzetet, hogy sok esetben a bűncselekmény formális meghatározása mellett a törvény más rendelkezéseiből kibonthatók a bűncselekmény fogalmi elemei. Így az új lengyel Btk. bár a bűncselekmény fogalmát csupán a büntetni rendeltséggel határozza meg, más rendelkezéseiből kibontható a bűncselekmény többi fogalmi eleme (társadalomra károosság, bűnösség).¹¹ Hasonló a helyzet a német¹², a francia¹³ vagy akár a belga¹⁴ Btk. esetében is. *Összességként* azt állapítható meg, hogy a nyugat-európai országok többsége a bűncselekmény fogalmának tartalmi kibontása nélkül a nullum crimen/nulla poena sine lege elvének garanciális szabályait rögzíti, a volt szocialista országokban pedig a materiális meghatározás legalábbis egyelőre változatlanul fennmaradt.¹⁵

Hazai viszonylatban az első írott büntető törvénykönyv, az 1878. évi V. törvény (Csemegi-kódex), a formális bűncselekmény-fogalmi meghatározás talaján állt¹⁶. Ezen az 1950. évi II. törvény (Btá) változtatott azzal, hogy a büntetendőség mellett a társadalomra veszélyességet is

⁹ Erdősy Emil: A mai magyar bűncselekménytan és a társadalmi valóság. In: Jogtudományi Közlöny 2005. évi 2. sz. 62. p.

¹⁰ Heller Erik: A magyar büntetőjog tankönyve. Szent István Társulat. Szeged, 1931. 120. p.

¹¹ Nagy: i.m. 2001. 8. p.

¹² StGB 15., 32-35. §, in: Strafgesetzbuch. 38. Auflage. Deutscher Taschenbuch Verlag. München. 2002.

¹³ CP 122-4; 122-5; 122-7. cikkek, in: Code pénal (szerk. Mayaud, Yves). Dalloz. Paris. 2003.

¹⁴ CP 70-71. cikkek, in: Code pénal (szerk. Beernert, Marie-Aude – Tulkens, Françoise – Vandermeersch, Damien). Bruylant. Bruxelles. 2003.

¹⁵ Nagy: i.m. 2001. 8. p.

¹⁶ Annak 1. §-a szerint: „Büntettet vagy vétséget csak azon cselekmény képez, amelyet a törvény annak nyilvánít”.

a fogalom elemévé tette¹⁷, majd az 1961. évi V. törvény újabb materiális elemként kiegészítette a bűnösségi elemmel. A hatályos Btk. lényegét tekintve fenntartotta ezt a szabályozást.

2.3. A bűncselekmény fogalmának „sorsa”

Az új Btk. koncepcióját szakmai szempontok mentén előbb *Wiener A. Imre*¹⁸, majd *Ligeti Katalin*¹⁹ is elkészítette.²⁰ Jogalkotási relevanciával azonban az Igazságügyi és Rendészeti Minisztérium tervezetei bírnak. A minisztérium eddig két tervezetet bocsátott a szakmai közönség elé, a bűncselekmény törvényi fogalmát tekintve ezek között nincs különbség.²¹ Bűncselekmény ezek értelmében az a tevékenység vagy mulasztás, amelyre a törvény büntetés kiszabását rendeli, és amelyet szándékosan – vagy ha e törvény a gondatlan elkövetést is bünteti – gondatlanságból követnek el.

A Tervezetek – a Kodifikációs Bizottság álláspontját figyelembe véve²² – a bűncselekmény fogalmát – legalábbis az indokolásuk szerint – formálisan határozzák meg. Ezzel szemben hivatkozni kell arra, hogy a bűncselekmény fogalma nem feltétlenül csak a társadalomra veszélyesség kategóriája miatt lehet materiális. Ez csupán az egyik – bár kétségtelenül tipikus – materiális bűncselekmény-fogalmi elem. A bűnösségre utalás szintén materiálissá teszi a bűncselekmény fogalmát, mert túlmutat pusztán a büntetni rendeltségen, amely a formális bűncselekmény-fogalom jellemzője.

A Tervezetek szerinti bűncselekmény-fogalom annyiban is újszerű, hogy az eddig használt „cselekmény” helyett „tevékenységet vagy mulasztást” határoz meg. A mulasztás miatti büntetőjogi felelősség kodifikálását korábban fölvetette *Berkes György* is, aki szerint a törvényi tényállás határozottságát és világosságát megfogalmazó alkotmányos követelmény tükrében lenne megfontolandó, hogy az új Btk. több külföldi büntető kódex mintájára kifejezetten rendelkezzen a mulasztásért való büntetőjogi felelősség feltételeiről.²³ Ellentétes véleményem szerint megfelelően kialakított és alkalmazott dogmatikai tételeket a büntető törvényben nem szükséges szabályozni. Egyértelmű (volt eddig is, és a továbbiakban is az lesz), hogy büntetőjogi értelemben cselekmény tevékenység vagy mulasztás lehet. Ezt eddig sem kérdőjelezte meg senki, sem elméleti, sem gyakorlati oldalról. Ezért felesleges, és túlterheli a törvény szövegét a tevékenység és mulasztás kiemelése a bűncselekmény fogalmában.

Végül az említendő meg, hogy a Btk. új Általános részével kapcsolatos legutóbbi információ szerint a bűncselekmény fogalmában helyet kap a jogellenesség is.²⁴ *Bűncselekmény* így az a büntetni rendelt tevékenység vagy mulasztás lenne, amely jogellenes és amelyet szándékosan, vagy – ha e törvény (Btk.) a gondatlan elkövetést is büntetni rendeli – gondatlanságból követnek el. Arra a kérdésre, hogy a jogellenesség és a társadalomra veszélyesség hogyan viszonyul egymáshoz, a további vizsgálat igyekszik válaszolt adni.

¹⁷ A Btk. 1. §-ának (3) bekezdése értelmében: „Büntett az a társadalomra veszélyes cselekmény, amelyre a törvény büntetés kiszabását rendeli”.

¹⁸ *Wiener A. Imre*: A Btk Általános része de lege ferenda. MTA. Bp. 2003. 41 – 42. p., ill. 95 – 96. p

¹⁹ *Ligeti Katalin*: Az új Büntető Törvénykönyv Általános részének koncepciója. In: Büntetőjogi Kodifikáció. 2006. évi 1. sz.

²⁰ Ezek értékelését lásd: *Mészáros Ádám*: A bűncselekmény fogalmára és az elkövetőkre vonatkozó szabályozás lehetőségei az új büntető törvénykönyvben I-II. In: Rendészeti Szemle. 2007. évi 5. és 6. szám.

²¹ Vessd össze az I. Tervezet 9.§, és a II. Tervezet 8. §-át.

²² *Pázzit Veronika*: Tájékoztató a Kodifikációs Bizottság üléseiről. In: Büntetőjogi Kodifikáció. 2001. évi 1. sz. 33. o.

²³ *Berkes György*: A büntetőjogi felelősség feltételei. In: Büntetőjogi Kodifikáció 2002. évi 3. sz. 26. p.

²⁴ *Ligeti Katalin* „Büntető kodifikáció és politika” című előadása, OKRI, 2008. szeptember 10.

3. A társadalomra veszélyesség

A társadalomra veszélyesség kérdése régtől fogva élénken foglalkoztatja a büntetőjog művelőit. A fő problémakör a konkrét cselekmény társadalomra veszélyességének értékelése körül összpontosul.

3.1. Elméleti alapvetés

A társadalomra veszélyesség fogalmát büntető törvénybe az 1950. évi II. törvény (Btá) vezette be először a magyar büntetőjogban. A törvény indokolása szerint más alapelvre épült, mint a Csemegi kódex, a büntető törvény feladatát a társadalom „megvédelmezésében” jelölte meg a rá nézve veszélyes cselekményekkel szemben. A törvény – általános indoklása szerint – „nem elégszik meg a bűncselekmény formális meghatározásával, hanem annak tartalmát kíván adni annak megállapításával, hogy bűncselekmény a társadalomra veszélyes cselekmény, feltéve, hogy arra a törvény büntetést rendel.”²⁵ A törvény indokolásának szűkszavúsága mellett érdemes felidézni az indokolást jegyzetekkel ellátó *Kádár Miklós* gondolatait. Kádár szerint „a társadalomra valójában azok a cselekmények veszélyesek, amelyek a dolgozóknak kedvező, szocialista termelési rendet sértik vagy veszélyeztetik. [...] A társadalomra veszélyes cselekmény fogalmát a Btá. a marxista-leninista tudomány eszközeivel, a szovjet szocialista büntetőjogtudomány elért eredményei, tapasztalatai alapján állapítja meg. [...] A Btá. materiális bűncselekmény fogalm meghatározása megfelel arra a kérdésre, hogy milyenek a társadalmi tulajdonságai azoknak a magatartásoknak, amelyeket a szocialista állam büntetőjoga tilt és amelyekkel kapcsolatban a tilalom ellen vétkezőket büntetéssel fenyegeti.”²⁶ A társadalomra veszélyesség kategóriájának szovjet ihletettséget megkérdőjelezni nem lehet. Nagyon fontos kiemelni azonban azt, hogy míg a korabeli szovjet büntetőjogban lehetőség volt a bűncselekménnyé nyilvánításra pusztán a cselekmény társadalomra veszélyességének megállapítása okán, alapul szolgáló törvényi tényállás hiánya esetén is²⁷, a magyar jogrendszer ezt a megoldást nem vette át. Azt is fontos kiemelni, hogy az 1926. évi szovjet-orosz kódex értelmében a társadalomra veszélyesség hiánya esetén a cselekmény – formális jogellenessége ellenére – nem minősülhetett bűncselekménynek.²⁸ Mint arra már utaltam, nálunk ez utóbbi probléma kerülhetett és került is az érdeklődés középpontjába.

Az 1961. évi V. törvény Általános indokolása szerint a törvény előkészítésénél az az elv érvényesült, hogy a fennálló gazdasági, politikai, társadalmi viszonyoknak megfelelően, a hatályos jogi szabályozást és a magyarországi jogfejlődést figyelembe véve olyan kódex megalkotására kerüljön sor, amely egyaránt alkalmas arra, hogy a szocializmus sikeres építését, és a szocialista társadalom védelmét hosszabb időre hatékonyan szolgálja. E vonatkozásban említi meg az indokolás, hogy a kódex szocialista jogalkotás, ami abban is megnyilvánul, hogy a társadalomra veszélyes cselekmény meghatározásánál leszögezi: társadalomra veszélyes minden olyan tevékenység vagy mulasztás, amely a Magyar Népköztársaság állami, társadalmi vagy gazdasági rendjét [...] sérti vagy veszélyezteti.²⁹ Az indokolás később kitér arra, hogy a társadalomra veszélyesség fogalmát a szocialista büntető kódexek lényegileg ugyanazzal a

²⁵ A büntető törvénykönyv általános része. Jogi és Államigazgatási Könyv- és Folyóiratkiadó. Bp., 1951. 10. p.

²⁶ A büntető törvénykönyv általános része. i.m. 14-15., illetve 18. p.

²⁷ A büntető törvénykönyv általános része. i.m. 19. p.

²⁸ *Hollán Miklós*: Megkésétt búcsú a társadalomra veszélyességtől. In: Jogelméleti Szemle 2003. évi 4. sz. 3. p.

²⁹ A Magyar Népköztársaság Büntető törvénykönyve. KJK. Bp., 1962. 21-22. p.

tartalommal töltik ki: valamennyi a proletárdiktatúrát, a szocialista állam politikai rendszerét teszi a meghatározás alapjává.³⁰

A bűncselekmény fogalmához fűzött indokolás kijelenti, hogy a szocialista büntetőjog elsősorban a társadalomra veszélyesség alapján dönt afelől, hogy egy cselekmény – elvont vagy konkrét formában – büntetést érdemel-e, vagy sem. A társadalomra veszélyesség az az elsődleges ismérv, amely a jogalkotót és a jogalkalmazót eligazítja egy cselekmény büntetőjogi értékelése tekintetében.³¹ Az indokolás kitér arra is, hogy a cselekmény társadalomra veszélyessége változó, ezért a jogalkalmazónak is állást kell foglalnia abban a kérdésben, hogy a konkrét cselekmény az adott körülmények között veszélyes-e a társadalomra, és ha igen, milyen fokban. A büntetné nyilvánított cselekmény in abstracto feltétlenül büntetést érdemlő fokban veszélyes a társadalomra, in concreto azonban nélkülözheti ezt a jelleget: lehet, hogy a cselekmény a konkrét esetben már eleve veszélytelen a társadalomra, lehet, hogy csak jelentéktelen fokban az, de az is lehet, hogy a társadalomra veszélyesség csak később ényészik el. Ennek következményeit a törvény 60. §-a (a figyelmeztetés) vonja le.³²

Az 1978. évi IV. törvény bűncselekmény fogalmához fűzött indokolása szerint a társadalomra veszélyesség a bűncselekmény fogalmának alapja. A társadalomra veszélyesség azt jelenti, hogy a bűncselekmény sért vagy veszélyeztet valamely, a büntetőjog által védett tárgyat.

Végül az említendő meg, hogy az 1989-es rendszerváltást követően vitathatatlan tény, hogy a társadalomra veszélyesség kategóriája neutrálissá vált, megtisztult „a szovjet jogból átvett, pártállami politikai célokat szolgáló tartalmától”.³³

3.2.A társadalomra veszélyesség bűncselekmény-fogalmi szerepe

Kérdésként merült fel, hogy mi (volt) a szerepe a társadalomra veszélyességnek: a bűncselekménynek vajon olyan fogalmi eleme-e, amely nélkül a bűncselekmény nem valósul meg, avagy nem lehet azt állítani, hogy a társadalomra veszélyesség egyáltalán nem hiányozhat, így bűncselekmény mindig megvalósul.

A *Legfelsőbb Bíróság* egy ítélete szerint „A tényállásszerű cselekmény szükségszerűen a jogrend megsértését és veszélyeztetését jelenti, s még a formális jogsértés is sérti vagy veszélyezteti a jogrend sértetlenségéhez fűződő társadalmi érdeket”.³⁴ *Békés Imre* a kérdésről ellentmondóan vélekedik. Egyik állítása szerint a bíróság általában nem, hanem csak kivételesen juthat arra a következtetésre, hogy a törvényi tényállást kimerítő, azaz büntetni rendelt konkrét cselekmény nem veszélyes a társadalomra.³⁵ Más helyen azt írja, hogy a tényállásszerű cselekmény általában társadalomra veszélyes (jogtárgy sértő vagy veszélyeztető), teljes hiányát a tényállás megvalósulása esetén – törvényi rendelkezés

³⁰ A Magyar Népköztársaság Büntető törvénykönyve. i.m. 40. p.

³¹ A Magyar Népköztársaság Büntető törvénykönyve. i.m. 38. p.

³² A Magyar Népköztársaság Büntető törvénykönyve. i.m. 39. p.

³³ *Kőhalmi László*: Nekrológ a társadalomra veszélyességről. In: *Rendészeti Szemle* 2007. évi 7-8. szám. 156. p.

³⁴ Bf. III. 170/1998/5. sz. legfelsőbb bírósági döntés, idézi: *Nagy*: i.m. 2001. 9. p.

³⁵ *Békés Imre (szerk.)*: Büntetőjog. Általános rész. HVG-ORAC. Bp., 2003. 90. p. Megjegyzendő, hogy *Békés* korábban is úgy foglalt állást, hogy a jogalkalmazó (bíró) nem mondhatja ki, hogy „valamely bűncselekmény társadalomra veszélyessége az elkövetéskor teljesen hiányzott”. Idézi: *Wiener*: i.m. 2003. 20. p. Azonban volt olyan nézete is, amely szerint a bíróság juthat arra a következtetésre, hogy a törvényi tényállást kimerítő konkrét cselekmény nem veszélyes a társadalomra. Ebben az esetben a bűncselekmény egyik fogalmi eleme hiányzik, aminek következtében nem jön létre bűncselekmény, s a bírónak a bűncselekmény hiányára hivatkozva felmentő ítéletet kell hoznia. (*Békés – Földvári – Gáspár – Tokaji*: Magyar büntetőjog. Általános rész. BM. Bp., 1980. 90. p.)

hiányában – a bíró nem állapíthatja meg. (Békés szerint ugyanez a helyzet a materiális jogellenességgel is.)³⁶ Wiener A. Imre szerint a bűncselekmény fogalmában szereplő társadalomra veszélyesség a jogalkotó számára a bűncselekménnyé nyilvánítás indokát jelenti, és valójában nem más, mint jogpolitikai deklaráció.³⁷ Ezzel szemben korábban Tokaji Géza azt állította, hogy a Btk. 10. §-ának (2) bekezdésében az jut kifejezésre, hogy „az olyan cselekmény, amely nem sérti és nem is veszélyezteti a jogi tárgyat, társadalomra veszélyesnek, következésképpen bűncselekménynek nem tekinthető. [...] a büntetendővé nyilvánított cselekménytípus olykor olyan konkrét cselekményeket is felölelhet, amelyek nem veszélyesek a társadalomra, s [...] ilyenkor éppen a bűncselekmény törvényi fogalmából következik, hogy az adott cselekmény nem bűncselekmény.”³⁸ Viski László véleménye az volt, hogy a látszólagosan, formálisan valamennyi bűncselekményi elemet kimerítő cselekményből hiányozhat a társadalomra veszélyesség. Ellenkező esetben „a társadalomra veszélyesség eleme elveszítené önálló jelentőségét és csak egyes magatartások büntetendővé nyilvánításának „miért”-jére adhatna magyarázatot, nem töltené azonban be azt a szerepet, amelyet a materiális bűncselekményfogalomnak negatívra be kell töltenie.”³⁹

Földvári József szerint a jogalkotó által bűncselekménnyé nyilvánított cselekmények általában veszélyesek a társadalomra, előfordulhatnak azonban olyan atípusos esetek, amikor a cselekmény az adott körülmények között nem jelent veszélyt a társadalomra. Ilyenkor pedig nem valósul meg bűncselekmény.⁴⁰ Berkes György pedig azt állítja, hogy előfordulhatnak „olyan tényállásszerű cselekmények, amelyek nem sértik vagy veszélyeztetik az adott bűncselekmény jogi tárgyát, és ezért nem veszélyesek a társadalomra. Ezt a lehetőséget a törvény elismeri azzal, hogy a társadalomra veszélyességet a bűncselekmény fogalmi ismérvévé tette. Ha bármelyik bűncselekményi ismérv hiányzik, nincs bűncselekmény.”⁴¹ Végül Györgyi Kálmán szerint a társadalomra veszélyesség büntethetőséget kizáró ok fennállása hiányában is lehetővé teszi a „jogalkalmazó kegyelmi tevékenységének érvényesülését”, mivel „ha a jogalkotót instruáló, illetve a pedagógiai vagy népnevelő funkcióitól eltekintünk, a társadalomra veszélyességnek egyetlen dogmatikai szerepe marad, hogy alapul szolgáljon a büntetőjogi felelősség kizárására tényállásszerű, de jogellenességet kizáró ok által nem érintett cselekmény esetében.”⁴²

A kérdés eldöntése során érdemes áttekinteni azoknak a törvényeknek a rendelkezéseit és indoklásait, amelyek a fogalom mellett törtek lándzsát. Annak tudatában, hogy a törvény indoklása nem jogforrás, és megállapítása nem bír kötelező erővel, véleményem szerint mégis szerepe lehet a szabályozási cél megismerése által a törvény helyes értelmezésében.

A Btá indoklását jegyzetekkel ellátó Kádár Miklós szerint a társadalomra veszélyesség a bűncselekmény olyan tartalmi eleme, amely nélkül sem büntett, sem kihágás nincs, s ennek nemcsak az elkövetéskor, hanem az elbíráláskor is fenn kell állnia.⁴³ A Btá 56. §-a szerint ha

³⁶ Békés Imre (szerk.): i.m. 2003. 93. p.

³⁷ Wiener A. Imre (szerk.): Büntetendőség büntethetőség. Büntetőjogi tanulmányok. MTA ÁJI – KJK-KERSZÖV. Bp., 2000. 155. p.

³⁸ Tokaji Géza: A bűncselekménytan alapjai a magyar büntetőjogban. KJK. Bp., 1984. 103., ill. 112. p.

³⁹ Viski László: Tézisek a bűncselekményfogalom felépítéséhez. in: Horváth Tibor – Szük László (szerk.): Büntetőjogi szakirodalom-gyűjtemény. Kézirat. Tankönyvkiadó. Bp., 1987. 341-342. p.

⁴⁰ Földvári József: Magyar büntetőjog. Általános rész. Osiris. Bp. 2006. 81. p.

⁴¹ Berkes György (szerk.): Magyar Büntetőjog. Kommentár a gyakorlat számára. 2. kiadás. HVG-ORAC. Bp., 2005. 22. pótlás, 22. p.; illetve hasonló értelemben: Békés Imre (szerk.): i.m. 2003. 90. p.

⁴² Idézi: Wiener A. Imre: Elméleti alapok a Büntetőtörvény Általános része kodifikálásához. MTA. JI. Bp., 2000. 61. p.

⁴³ A büntetőtörvénykönyv általános része. i.m. 17. p.

az elkövetett bűntett – az eset összes körülményei alapján – olyan csekély jelentőségűnek mutatkozik, hogy a törvény szerint alkalmazható legenyhébb büntetés is szükségtelen, úgyszintén akkor, ha akár a cselekmény, akár annak elkövetője a bűntett elbírálásakor már nem jelentkezik a társadalomra veszélyesnek, a bűnösség megállapítását és a büntetés kiszabását mellőzni kell. Fontos megemlíteni, hogy ez a rendelkezés rendszertanilag a „Büntetések” című fejezet, és nem a büntethetőség szabályai között helyezkedik el. A törvényhelyhez fűzött indokolás kiemeli, hogy a Btá csak azt a cselekményt tekinti bűntettnek, amely a társadalomra veszélyes.⁴⁴ Kádár ennek kapcsán akként összegez, hogy az idézett rendelkezések lehetővé teszik az ügyész és a bíró számára, hogy büntetlenül hagyják az olyan személyt, aki valamely bűncselekményt megvalósított.⁴⁵ A Btá tehát arról nem rendelkezik kifejezetten, hogy mi történik akkor, ha a konkrét esetben hiányzik a cselekmény társadalomra veszélyessége. Amennyiben a társadalomra veszélyesség fennáll, azonban csekély súlyú, a bűncselekmény megvalósul, csupán az elkövető nem lesz büntethető.

Az 1961. évi V. törvény a figyelmeztetéshez fűzött indokolása során jegyzi meg, hogy ha a törvényhozó egy cselekményt büntetéssel fenyeget, az egyúttal állásfoglalás abban, hogy a kérdéses magatartás nem csekély fokban, hanem jelentékenyebb mértékben veszélyes a társadalomra. „Csakhogy a törvényhozó elvont, általánosított cselekményt helyez büntetés alá, s erre érvényes értékítélete. A felmerülő tényleges eset eltérhet az általánostól, veszélyessége alul maradhat annak a szintnek, amelynél büntetés alkalmazása indokolt.”⁴⁶ Arra az esetre, amikor a cselekmény nem tekinthető ugyan a társadalomra veszélytelennek, veszélyessége azonban olyan csekély, hogy elkövetőjét szükségtelen megbüntetni, továbbra is a Btá felfogását ismeri el abban a tekintetben, hogy a cselekményt büntettnek kell tekinteni. „Nem kétséges ugyanis, hogy az tényállásszerű, s ha kisebb fokban is, de veszélyes a társadalomra.”⁴⁷ A Btától eltérően azonban lehetőséget biztosít a törvény a büntetés mellőzése mellett a figyelmeztetés, mint intézkedés alkalmazására.

Fontos kiemelni, hogy sem a Btá, sem az 1961. évi V. törvény nem értékelte a társadalomra veszélyesség hiányát, csekély fokát, csekélyllyé válását vagy megszűnését a büntetőjogi felelősséget érintő rendelkezések között. Ezt az 1978. évi IV. törvény tette meg először.

Az 1978. évi IV. törvény (Btk.) indokolása kitér arra, hogy a társadalomra veszélyesség a bűncselekmény fogalmának fokozható eleme. A jogalkotó a társadalomra veszélyes magatartások közül csak azokat nyilvánítja bűncselekménynek, amelyek ellen büntetőjogi eszközökkel kell küzdeni. Az indokolás leszögezi, hogy a cselekmény jogalkotó által figyelembe vett elvont, és a valóságos esetek tényleges társadalomra veszélyessége között adódhat eltérés. Ennek két oka lehet: egyrészt, hogy a bűncselekmények megfogalmazásakor a jogalkotó a magatartás tipikus vonásait ragadja meg, így a cselekmény társadalomra veszélyességét csak általánosan tudja kifejezni; másrészt, hogy az egyes magatartások társadalomra veszélyességének mértéke az idő múlásával változhat.⁴⁸ A legfontosabb megállapítása az indokolásnak az, hogy a „cselekmény elvont és tényleges társadalomra veszélyessége közötti eltérés egyes esetekben odáig is terjedhet, hogy a különös részi tényállási elemek formális megvalósulása a társadalomra egyáltalán nem veszélyes. A bűncselekmény fogalmának [...] meghatározásából közvetlenül levezethető, hogy nincs bűncselekmény, ha egy magatartás formálisan megvalósítja ugyan a törvény Különös Részének valamelyik tényállását,

⁴⁴ A büntető törvénykönyv általános része. i.m. 151. p.

⁴⁵ A büntető törvénykönyv általános része. i.m. 152-153. p.

⁴⁶ A Magyar Népköztársaság Büntető törvénykönyve. i.m. 119. p.

⁴⁷ A Magyar Népköztársaság Büntető törvénykönyve. i.m. 119. p.

⁴⁸ A Magyar Népköztársaság Büntető törvénykönyve. i.m. 45-46. p.

de az elkövetés konkrét körülményei miatt nem veszélyes a társadalomra. Ilyen esetben ugyanis hiányzik a bűncselekmény egyik fogalmi eleme, a társadalomra veszélyesség.”⁴⁹

Ezzel összhangban áll a cselekmény társadalomra veszélyességének csekély fokához, mint büntethetőséget kizáró okhoz fűzött indokolás: ez ugyanis akkor valósul meg, ha a törvény Különös részében meghatározott tényállást megvalósító cselekmény „olyan csekély fokban veszélyes a társadalomra, hogy a törvény szerint alkalmazható legenyhébb büntetés is szükségtelen”.⁵⁰ Mindebből tehát az következik, hogy amennyiben a cselekmény nem veszélyes a társadalomra, bűncselekmény nem valósul meg, míg ha csekély fokban veszélyes, az elkövető nem büntethető.

3.3. Saját álláspont

A társadalomra veszélyesség bűncselekmény-fogalmi szerepének ismertetése során több dologra kell figyelemmel lenni. Az első az, hogy a társadalomra veszélyes cselekmény fogalmát a Btk. meghatározza: társadalomra veszélyes cselekmény az a tevékenység vagy mulasztás, amely a Magyar Köztársaság állami, társadalmi vagy gazdasági rendjét, az állampolgárok személyét vagy jogait sérti vagy veszélyezteti. A törvény a fogalom érvényességi körét nem redukálja le a saját alkalmazására, és az sem lehet kétséges, hogy alapvetően nem csak egy büntető törvénybe ütköző cselekmény sértheti úgy a Magyar Köztársaság, mint bármely személy jogait, érdekeit, azaz lehet veszélyes a társadalomra. Így a közigazgatási (szabálysértési) jog, de akár a polgári jog szabályaiba ütköző cselekmény is lehet a társadalomra veszélyes. (Gondoljunk itt főként a kriminális szabálysértésekre, vagy a személyiségi jogot sértő cselekményekre) A bűncselekmény fogalmának éppen ezért valójában nem a társadalomra veszélyesség a differentia specifica-ja a más jogági jogsértésekkel szemben. Bűncselekmény a társadalomra veszélyes cselekmények közül az, amit a büntető törvény rendel büntetni.

További fontos észrevétel, hogy amennyiben a társadalomra veszélyesség pusztán jogpolitikai deklaráció lenne⁵¹, úgy nem lenne a bűncselekmény-fogalom etekintetben tartalmi (mint említettem, a bűnösségre utalás is materiálissá teszi a bűncselekmény fogalmát). Ekkor ugyanis csupán azt állítjuk, amit az előzőekben említettem: a bűncselekmény a társadalomra veszélyes cselekmények közül az, amelyet a jogalkotó olyan súlyúnak talál, hogy a törvény által büntetést rendel hozzá. Tartalmi többletet a bűncselekmény fogalma valójában akkor nyer, ha a bűncselekménnyé váláshoz azt követeljük meg, hogy a cselekmény a többi fogalmi elem megvalósulása mellett *ténylegesen* sértse vagy veszélyeztesse a jogi tárgyat.

Ki kell térni arra az álláspontra is, amelynek főbb tételei szerint a jogalkalmazó nem mondhatja ki azt, hogy valamely bűncselekmény társadalomra veszélyessége az elkövetéskor teljesen hiányzott; a társadalomra veszélyesség fokát a jogalkalmazó a (korábbi) 28.§ és 36.§ keretei között vizsgálhatja, és ezekhez a szakaszokhoz a megrovás alkalmazása kapcsolódik.⁵² A jogalkalmazó így ugyanis felülírná a jogalkotó értékítéletét. Ez az aggodalom azonban koránt sem megalapozott. A konkrét cselekmény nyilvánvalóan eltérhet attól az absztrakt cselekménytől, amit a jogalkotó bűncselekményként szabályoz. A jogalkalmazó feladata a konkrét cselekményt az absztrakt törvényi tényállás alá vonni, és megbizonyosodni a büntetőjogi felelősség feltételeiről. Amennyiben úgy ítéli meg, hogy a konkrét cselekmény

⁴⁹ A Magyar Népköztársaság Büntető törvénykönyve. i.m. 47. p.

⁵⁰ A Magyar Népköztársaság Büntető törvénykönyve. i.m. 65. p.

⁵¹ Wiener (szerk): i.m. 2000. 155.p.

⁵² Megjegyzendő, hogy ezt valóban nem mondhatja ki senki, mint ahogy azt sem, hogy például a bűncselekmény nem jogellenes. Nyilván a *cselekményre* vonatkozik a fenti állítás.

nélkülözi a büntetőjogi felelősség feltételeit, nem állapíthatja meg a bűncselekmény megvalósulását. Tehát amennyiben a bíró a társadalomra veszélyesség hiányára tekintettel mentesíti az elkövetőt a felelősség alól, valójában értelmezi és alkalmazza a törvényt. Ha ellenben valamely törvény feletti jogellenességet kizáró (materiális jogellenességet kizáró) okot önmagában érvényesít (Wiener szerint ez lenne a helyes), azaz a felelősség kizárását nem a társadalomra veszélyességre alapítja, valójában normát alkot, és szembe megy a törvénnyel: felfüggeszti annak alkalmazását. Annak elismerése mellett, hogy a jogalkalmazó összekapcsolhatja a történeti tényállást a bűncselekmény általános fogalmával⁵³, hivatkozhatunk az Alkotmánybíróság megállapítására: „A történeti és a törvényi tényállás összevetése, az utóbbiban található (akár speciális) fogalmaknak a törvény egészével és a joggyakorlattal, valamint a megtörtént eseményekkel való összemérése nem más, mint maga a bírói jogalkalmazás. A bírói jogalkalmazással együtt járó bírói jogértelmezés és mérlegelés azonban a bírói tevékenység belső lényege, amely semmiképp sem jelenti a nullum crimen sine lege elvének sérelmét és az ilyen típusú bírói interpretáció nem jogbizonytalanságból, törvényalkotói hiányosságból fakad.”⁵⁴

A jogalkalmazónak tehát a jelenlegi jogszabályi környezetben vizsgálnia kell a konkrét cselekmény megfelelőségét a bűncselekmény általános törvényi fogalmával, azaz a konkrét cselekmény konkrét társadalomra veszélyességét is. Tehát nem a cselekménytípust jellemző, és a bűncselekménnyé minősítést (kriminalizációt) megalapozó absztrakt társadalomra veszélyességet, hanem a konkrét cselekmény konkrét társadalomra veszélyességét. Az a veszély, miszerint a társadalomra veszélyesség vizsgálata során a jogalkalmazó „felülírná” a jogalkotó értékítéletét, csak abban az esetben valósulhatna meg, amennyiben az a cselekménytípus absztrakt társadalomra veszélyességére vonatkozna, azaz a kriminalizálás indokára.⁵⁵

Általánosan elfogadott vélemény az, hogy a társadalomra veszélyesség fokozható fogalom.⁵⁶ Lehet az, hogy a cselekmény nem veszélyes a társadalomra, csekély fokban veszélyes a társadalomra, a társadalomra veszélyesség idővel megszűnik vagy csekélyé válik.

Ehhez képest a következőket lehet(ett volna) állítani:

- ha a cselekmény társadalomra veszélyessége a cselekmény elkövetésekor teljesen hiányzik, nincs bűncselekmény, és nincs semmiféle büntetőjogi szankció;
- ha a cselekmény társadalomra veszélyessége a cselekmény elkövetésekor csekély fokú, a bűncselekmény fogalmilag megvalósul, de az elkövető nem büntethető, hanem vele szemben intézkedésként megrovást kell alkalmazni;
- ha a cselekmény társadalomra veszélyessége a cselekmény elbírálásakor csekélyé vált, a bűncselekmény fogalmilag megvalósul, de az elkövető nem büntethető, hanem vele szemben intézkedésként megrovást kell alkalmazni;
- ha a cselekmény társadalomra veszélyessége a cselekmény elbírálásakor megszűnt, a bűncselekmény fogalmilag megvalósul, de az elkövető nem büntethető, hanem vele szemben intézkedésként megrovást lehet alkalmazni.

Ez a fajta értelmezés összhangban lett volna a törvény szövegével. Értelmezési zavart a törvény felelősséget kizáró okainak konfúz felsorolása jelenthetett. Egyrészt a törvény büntethetőséget

⁵³ Ellentétes véleményen *Wiener* (Wiener (szerk.): i.m. 2000. 156. p.), mellette: Berkes (*Nagy*: i.m. 2001. 178. p.).

⁵⁴ 167/B/2000. AB határozat IV. 3. pont

⁵⁵ Hasonló véleményen: *Ujvári Ákos*: A társadalomra veszélyesség (materiális jogellenesség) hiányának jogalkalmazói értékeléséről. In: *Tanulmányok Erdősy Emil professzor 80. születésnapja tiszteletére* (szerk. Balogh Ágnes – Hornyák Szabolcs) Pécsi Tudományegyetem ÁJK. Pécs, 2005. 477. p.

⁵⁶ Erre az állításra a későbbiekben még visszatérek.

kizáró okok cím alatt szabályozta a cselekmény büntetendőségét és az elkövető bűnösségét kizáró okokat, illetve a társadalomra veszélyesség csekély fokát és a magánindítvány hiányát. Az első két esetben a bűncselekmény fogalmilag nem valósul meg. A magánindítvány hiánya esetén a bűncselekmény fogalmilag megvalósul, az elkövető ezen felüli ok miatt nem lesz büntethető. És helyes értelmezés szerint így kellett, hogy legyen ez a társadalomra veszélyesség elkövetéskori csekély foka esetén is.

Véleményem szerint a társadalomra veszélyesség absztrakte jogalkotási, konkrétan pedig jogalkalmazási kategória. Az előbbi értelmében magyarázatot ad a büntető jogalkotás miértjére, de csupán abban az értelemben, hogy bűncselekmény absztrakte csak olyan cselekmény lehet, amely sérti vagy veszélyezteti a védett jogi tárgyakat. Mint láttuk, a társadalomra veszélyesség nem a bűncselekmény *differentia specifica*-ja, mert a társadalomra veszélyes jelzővel (a fogalmat alapul véve) más jogág által szabályozott cselekmény is rendelkezhet. Jogalkalmazási értelmében pedig – a Btk. indoklásából is kitűnően, és az előzőek értelmében – a társadalomra veszélyesség jelenleg a bűncselekmény valódi, a többi fogalmi elemmel egyenrangú fogalmi eleme.⁵⁷ Ebből következően amennyiben a konkrét cselekményből hiányzik a társadalomra veszélyesség, azaz nem sért vagy veszélyeztet jogi tárgyat, nem lehet(ne) kétséges a bűncselekmény hiányának megállapítása.

4. A jogellenesség

4.1. Elméleti alapvetés

A jogellenesség legkorábbi értelmezésében kizárólag a normaszegést, a joggal (jogszabállyal) való ellentétességet jelentette (formális jogellenesség). Ezt követően alakult ki a materiális jogellenesség tana. A materiális jogellenesség szerepe egyrészt az, hogy a formális jogellenesség tartalmi indokát nyújtsa, másrészt, hogy bizonyos esetekben a büntetőjogi felelősség szűkítését eredményezze: ha a törvény valamely cselekménytípust büntetni rendel, de az adott esetre nem szabályoz jogellenességet kizáró okot, a cselekményt a materiális jogellenesség hiánya miatt nem indokolt bűncselekménynek tekinteni. Ezt alapozzák meg az ún. törvény feletti jogellenességet kizáró okok.⁵⁸

Nem mentes a problémától ugyanakkor sem a formális, főként pedig a materiális jogellenesség értelmezése. Az alapul szolgáló német jogirodalomban is több felfogás figyelhető meg. Korábban *Liszt* megállapítása szerint a „bűncselekmény jogellenes, azaz formálisan az állami normának, a jogrend parancsának vagy tilalmának a megsértése, materiálisan az állami norma által jogilag védett érdekek elleni támadás. [...] Materiálisan jogellenes a cselekmény, mint társadalomra káros (antiszociális vagy aszociális) magatartás.”⁵⁹ Máskülönben egyesek formális jogellenesség alatt a törvényen alapuló jogellenességet kizáró okok hiányát értették, materiális jogellenesség alatt ezzel szemben az ún. törvény feletti jogellenességet kizáró okok hiányát. Később *Baumann* formálisan jogellenesnek a tényállásszerű cselekményt, materiálisan jogellenesnek pedig azt a cselekményt értette, amelynél nem áll fenn jogellenességet kizáró ok.⁶⁰ Később *Roxin* utalt rá, hogy ez a felfogás azontúl, hogy nem célszerű, egyenesen tévedésre vezet: a végszükség időközbeni törvénybe iktatásával, illetve a büntető törvényen kívüli más

⁵⁷ Büntető Törvénykönyv. KJK. Bp., 1979. 47. p.

⁵⁸ *Tokaji*: i.m. 1984. 51. p.

⁵⁹ Ismerteti *Nagy Ferenc*: A jogtalanság, illetve a jogellenesség és a bűnösség elválasztásáról – német dogmatikai háttérrel. In: *Jogelméleti Szemle* 2007. évi 4. sz. 7. p.

⁶⁰ Ismerteti *Hollán Miklós*: Gondolatok a társadalomra veszélyesség és a materiális jogellenesség különbségeiről. In: *Magyar Jog* 2004. évi 12. szám. 725. p.

jogszabály alapján hivatali hatáskörben elkövetett cselekmény már formálisan sem jogellenes.⁶¹ Végül *Jescheck* szerint a jogellenesség materiálisan a jogtárgy olyan sérelmét vagy veszélyeztetését jelenti, amely más nagyobb értékű érdek megmentése végett nem szükséges. A materiális jogellenesség azonban generál-klauzulaként soha nem alkalmazható közvetlenül az adott esetre, hanem minden esetben konkretizálást igényel.⁶²

Hazánkban *Degré Lajos* korábban annak a véleményének adott hangot, hogy a jogellenesség tartalmi dualizmusát valló tan képviselői ahhoz, hogy a cselekményt jogellenesnek lehessen tekinteni, azon túl, hogy a cselekmény valamely jogszabállyal ellenkezik, egy olyan többletmozzanatot is megkívánnak, amelyben szerintük a cselekmény anyagi jogellenessége rejlik. Így például ez a többletelem *Liszt* szerint a cselekmény társadalomellenessége, *Dohna* szerint annak helytelensége (a cselekmény nem valamely helyes cél helyes eszköze); *Mayer* szerint az a körülmény, hogy a cselekmény ellentmond valamely kultúrnormának, végül *Sauer* szerint az, hogy a cselekmény általános tendenciájában többejt az államnak, mint amennyit használ.⁶³ *Heller Erik* azonban arra mutatott rá helyesen, hogy ez a tan, még ha meg is hagyja a jogellenességet annak, aminek lennie kell, a joggal való ellentétességnek, a jogszabályokba „melyekkel a jogellenesség ellentétben van, olyant értelmez bele, ami azokban nem foglaltatik. Emellett veszélyekkel is jár, mert a büntetőigazságszolgáltatást a bíró szubjektív felfogásának szolgáltatja ki. Annál inkább elvetendő ez a tan abban a formában, amelyben az anyagi jogellenesség fogalma elszakítja a jogszerűség és a jogellenesség közötti kapcsolatot, akként, hogy a jogellenességet már nem is tekinti a jogszerűség ellentétének. Ilyen álláspont mellett a jogellenesség értékmérőjének már nem a jogszabályokat, hanem a jog felett álló valamilyen normát kell tekinteni.”⁶⁴ *Heller* szerint egyébként nem a jogellenességet kell materializálni, hanem a jogszerűséget. Ez a törvény helyes értelmezését jelenti. Az értelmezés pedig akkor helyes (megfelelő), ha nem csak a büntető törvényt tartja szem előtt, hanem „kiterjeszkedik a tárgyi jog egész állományára”, és ha az alkalmazandó jogot az írott jognak „nem külső, hanem belső értelméből állapítja meg”.⁶⁵

4.2. A jogellenesség legújabb problémái

A társadalomra veszélyesség és a jogellenesség kérdésköre, mint említettem régóta foglalkoztatja a büntetőjog művelőit. A fő vonulatot általában a két kategória tartalma, illetőleg egymáshoz való viszonya jelenti. A későbbiekben ezekre a kérdésekre is ki fogok térni. Mielőtt ezt megtenném, fontosnak tartom egy újabban felmerült, ám végeredményben a jogellenesség értelmezését alapjaiban érintő problémakör bemutatását. Ennek során kénytelen leszek egy kissé „áteveznii” a jogfilozófia területére.

A jogtalanság/jogellenesség témakörében, egészen pontosan német dogmatikai háttérrel alapul véve a jogtalanság/jogellenesség és a bűnösség elválasztásáról nemrégiben *Nagy Ferenc* tett közzé egy tanulmányt.⁶⁶ A német büntetőjogi dogmatikában ismeretes ún. egység-tézis „a bűncselekmény-fogalom meghatározása során a „jog” és „jogtalanság” fogalmi párból indul ki. A „jog” e tekintetben meghatározott parancsok vagy tilalmak megállapítására vonatkozó főfogalom, míg a jogtalanság az ellentéte: a jog tagadása. Egy ilyen büntetőjogi teória csúcspontja Hegel jogfilozófiájában érhető tetten.”⁶⁷

⁶¹ Ismerteti *Hollán*: i.m. 2004. 725. p.

⁶² Ismerteti *Hollán*: i.m. 2004. 725. p.

⁶³ Ismerteti *Heller*: i.m.1931. 150-151. p.

⁶⁴ *Heller*: i.m. 1931. 151. p.

⁶⁵ *Heller*: i.m. 1931. 151. p.

⁶⁶ *Nagy*: i.m. 2007.

⁶⁷ *Nagy*: i.m. 2007. 1. p.

A büntetőjog tudományában előszeretettel nyúlnak vissza úgy Kant, mint Hegel jogfilozófiájára. A további kutatás során a jogellenesség többek által követett értelmezését nyújtó Hegel alapvető gondolatait mutatom be, márcsak azért is, mert azokra mind Nagy Ferenc, mind Pokol Béla hivatkozik – nem feltétlenül egyezően. Ezt követően ismertetem Hans Kelsen néhány idevágó gondolatát. Mint látni fogjuk, annak ellenére, hogy a két gondolkodó bizonyos megállapításai egybecsengenek, elvi alapjuk sok esetben merőben ellentétes.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770 – 1831) megfogalmazásában a jog az a „közvetlen létezés, amelyet a szabadság közvetlen módon ad magának”.⁶⁸ Hegel szerint semmi sem él, ami nem valamilyen módomban eszme, a jog eszméje pedig a szabadság.⁶⁹ A jog talaja a szellemi, kiindulópontja pedig az akarat. Az akarat szabad, a szabadság az ő szubsztanciája és meghatározása, a jogrendszer pedig „a megvalósult szabadság birodalma”.⁷⁰

A jog felosztása során megkülönböztette a tulajdont, a szerződést, illetve a jogtalanságot és büntetést. Ez utóbbiak jellemzője az az „akarat, amely a) magára való vonatkozásban nem egy másik személytől (b) különbözik, hanem önmagában, különös akaratként különbözik magától mint magán- és magáértvaló és ellentétes magával.”⁷¹

Jogtalanság esetén szembekerül egymással a jog magánvalóan és a különös akarat (amelyben a jog különös joggá lesz). Hegel szerint e látszat „igazsága [...] az, hogy a látszat semmis, s hogy a jog e tagadásának tagadása által ismét helyreáll”.⁷² A látszat olyan létezés, amely „nem felel meg a lényegnek, a lényeg üres leválasztása és tételezettsége [...]. A látszat [...] a nem-igaz, amely eltűnik, mert magáértvalóan akar lenni, s ezen az eltűnése a lényeg mint lényeg, azaz mint a látszat hatalma mutatkozott. A lényeg a maga tagadását tagadta s így igazolódott. A jogtalanság ilyen látszat, s eltűnése által a jog egy szilárdnak és érvényesnek meghatározását kapja.”⁷³ Hegel a jogtalanságnak három formáját különböztette meg.

A *tiszta vagy polgári jogtalanság* akkor áll fenn, ha a látszat csupán magánvaló, de nem magáértvaló is, azaz, ha a személy a jogtalanságot jognak veszi. A látszat itt a jog számára van, és nem az egyén számára, aki a jogtalanságát jognak tartja, és valamilyen alapon védelmezi. Hegel szerint ez a fajta jogtalanság csak a különös akaratot tagadja, de az általános jogot tiszteletben tartja. „Minden személy akarja a jogost, csak azt kívánja magának, ami jogos. Jogtalansága csak abban van, hogy azt, amit akar, a jognak tartja.”⁷⁴

A *csalásnál* a jogtalanság nem a magánvaló jog látszata, hanem a csaló számára a jog látszat: a csalónak mint a jogtalanságnak a jog látszat csupán. A csalás esetén a különös akarat szenved sérelmet: a megcsaltra ráfogják, hogy vele a jog szerint jártak el. „A követelt jog [...] mint szubjektív és pusztán látszólagos van tételezve, s ez a csalás.”⁷⁵ További különbség a polgári jogtalanság és a csalás között, hogy míg az előbbiért nem jár büntetés, mert az egyén nem akart

⁶⁸ Hegel, *Georg Wilhelm Friedrich*: A jogfilozófia alapvonalai vagy a természetjog és államtudomány vázlat. Akadémiai Kiadó. Bp., 1971. 68. p. (40. §)

⁶⁹ Hegel: i.m. 25. p. (1. §)

⁷⁰ Hegel: i.m. 34. p. (4. §)

⁷¹ Hegel: i.m. 69. p. (40. §)

⁷² Hegel: i.m. 109. p. (82. §)

⁷³ Hegel: i.m. 109-110. p. (82. §)

⁷⁴ Hegel: i.m. 112. p. (86. §)

⁷⁵ Hegel: i.m. 112. p. (87. §)

semmit a jog ellen, a csalásért büntetés jár, mivel „itt a jogról van szó, amely sérelmet szenvedett”.⁷⁶

A tulajdonképpeni jogtalanság, a *büntett* magánvalósága szerint és az egyén számára is jogtalanság: az egyén akarja a jogtalanságot, de még a jog látszatát sem alkalmazza. A család és a büntett közötti különbség az, hogy „a csalásban a cselekvés formájában még megvan a jog elismerése, a büntettben ez szintén hiányzik.”⁷⁷ A büntett esetén „sem a jogot magánvalósága szerint, sem a jogot, amint nekem látszik, nem tartják tiszteletben, tehát mind a két oldal, az objektív és a szubjektív, sérelmet szenved.”⁷⁸

A jog ellen elkövetett jogtalanság – mondja Hegel – erőszak a szabadságom létezésé ellen, e létezés (szabadságom létezésé) fenntartása az erőszakkal szemben olyan erőszak, amely megszünteti az első erőszakot.⁷⁹ „Az első kényszer, amelyet a szabad ember erőszakként alkalmaz, s amely a szabadság létezését konkrét jelentésében, a jogot mint jogot megsérti, büntett – egy negatív-végtelen ítélet a maga teljes értelmében. Ez nemcsak a különöst, egy dolog akaratomnak való alárendelését tagadja, hanem egyúttal az általánost, végtelent az enyém állítmányában, a jogképességet, mégpedig vélekedésem közvetítése nélkül (mint a csalásban), sőt annak ellenében.”⁸⁰ A bűncselekményt nem azért kell megszüntetni, mert valami rosszat hoz létre, hanem mert megsérti a jogot mint jogot.⁸¹ Ezzel pedig elérkeztünk büntetési elméletéhez. Hegel szerint a büntetés nem célt szolgál, hanem az logikai szükségszerűség, a büntett szükségszerű következménye. Amennyiben a büntett a jog tagadása, úgy a büntetés a jog tagadásának tagadása, így a jogrend helyreállítása. Hegel szerint a bűnelkövető szabad akaratanál fogva követ el jogtalanságot: e jogtalanság erőszak más személy szabadságának létezésé ellen, amelynek fenntartása az erőszakkal szemben olyan erőszak, amely az első erőszakot megszünteti.⁸² A büntett Hegel felfogásában azonban nemcsak az egyén szabadságát tagadja, hanem általánosabb szinten magát a joghoz való képességet. Így az a kényszer, amit az elkövető büntettként mással szemben erőszakként alkalmaz, a jogot mint jogot sérti.⁸³ A büntett mind a sértett, mind mások különös akarata számára csak valami negatív lehet. Mivel a büntett negáció: a jog tagadása, így a büntetés: a tagadás tagadása.⁸⁴ Hegel szerint a büntettet nem azért kell megszüntetni, mert valami rosszat hoz létre, hanem azért, mert megsérti a jogot.⁸⁵ Így a büntetés megtorlás annyiban, amennyiben fogalma szerint a megsértés megsértése, tartalmát tekintve viszont érték szerinti azonosság. Nem megtorlás azonban abban az értelemben, hogy bosszú lenne, mivel a bosszú személyhez kötődik, viszont a megtorlást maga a büntett fogalma hajtja végre magán, a büntetés ugyanis „a büntett nyilvánítása, amelyet a büntetés szükségszerűen feltételez.”⁸⁶

Hegel cáfolta azt a tételt, miszerint a büntett büntetést *érdemel*. Szerinte a büntetés a büntett szükségszerű következménye, a büntett „mint a magánvalósága szerint semmis akarat, e jellegénél fogva önmagában tartalmazza megsemmisülését – amely mint büntetés jelenik meg”.⁸⁷ Szintén cáfolta azt, hogy a bűnözőnek *azt kellene kiállnia, amit ő mással tett*. A tálció

⁷⁶ Hegel: i.m. 113. p. (88. §)

⁷⁷ Hegel: i.m. 110. p. (83. §)

⁷⁸ Hegel: i.m. 113. p. (91. §)

⁷⁹ Hegel: i.m. 115. p. (94. §)

⁸⁰ Hegel: i.m. 115-116. p. (95. §)

⁸¹ Hegel: i.m. 119. p. (99. §)

⁸² Hegel: i.m. 115. p. (94. §)

⁸³ Hegel: i.m. 115. p. (95. §)

⁸⁴ Hegel: i.m. 117-118. p. (97., 99. §)

⁸⁵ Hegel: i.m. 119. p. (99. §)

⁸⁶ Hegel: i.m. 123. p.(101. §)

⁸⁷ Hegel: i.m. 122. p. (101. §)

elvével szemben ugyanis Hegel a belső azonosságra helyezte a hangsúlyt, és ezzel magyarázta, hogy a bűncselekmények szabadságelvonó büntetést vonhatnak maguk után. Hegel szerint a különböző bűncselekmények (lopás, rablás) csak úgy lehetnek összehasonlíthatók a különböző büntetésekkel (szabadságvesztés, pénzbüntetés), ha mindezeket általános tulajdonságukat tekintve, értéküket nézve jogsértéseknek tartjuk. Ezen értékek egyenlőségének meghatározása az értelem dolga. A lényeg tehát annak az összefüggésnek a felismerésén van, amely a büntett és megsemmisítése között áll fenn, illetőleg az érték, illetve e kettő érték szerinti összehasonlíthatóság gondolatán.⁸⁸ Így a büntetés mértékét a büntett mértéke határozza meg. Az egyedüli kivételt, amikor mégis specifikus egyenlőségre lehet törekedni, Hegel szerint a gyilkosság jelenti, amelyért halálbüntetés jár. Minthogy ugyanis „az élet a létezés egész terjedelme, ezért a büntetés nem állhat egy értékben, mert ilyen nincs az életért, hanem megint csak az élettől való megfosztásban.”⁸⁹

Végül azt kell kiemelni, hogy Hegel nagy hangsúlyt helyezett az ember szabad akaratára, illetve a bűnöző „eszes lényként” való kezelésére. Éppen emiatt támadta azokat az elméleteket, amelyek a büntetés céljaként az elrettentést, a javítást vagy az ártalmatlanná tételt tekintik. Elismerően hivatkozott ugyanakkor Beccariára, aki szerint az embernek beleegyezését kell adnia megbüntetéséhez, azonban Hegel szerint ezt a beleegyezést a bűnelkövető a bűnös tetteivel maga adja meg.⁹⁰

Hegel hatása a büntetőjog tudományára kétségtelen. Legnagyobb befolyást azonban a büntetés elméletére gyakorolt.⁹¹ Ennek ellenére a német büntetőjogban a jogellenesség/jogtalanság értelmezésében is kimutatható a hatása.

Az objektivitás/subjektivitás, a polgári/büntető jogtalanság hegeli eszméje mutatkozott meg a német büntetőjog neves képviselőinek – sokszor eltérő – felfogásában. Így például *Merkel* a jogtalanság egységét fogadta el arra való hivatkozással, hogy a szubjektív jogot nem lehet úgy támadni, hogy az az objektívét ne érje. *Jhering* ellenben különbséget tett a tulajdonosnak a jóhiszemű birtokossal szemben dolgára vonatkozó igénye tekintetében és a meglopott személynek a tolvajjal szembeni igénye tekintetében: mindkét esetben jogtalanságról van szó, de az előbbinél az objektív, az utóbbinál a szubjektív jogtalanság megjelölés „ajánlatos”.⁹²

A hegeli alapokra építkező német teóriák lényegét Nagy Ferenc tanulmánya részletesen ismerteti. Ami továbbgondolás tárgya lehet, az a jog és a jogellenesség viszonya, illetve a jogellenesség egységességének kérdése. Az előbbi kérdés tekintetében érdemes Kelsen álláspontját áttekinteni, aki ebben a hegelitől eltérő álláspontra helyezkedett.

Hans Kelsen (1881-1973) jogelmélete a Tiszta Jogtan⁹³. A pozitív jog elmélete kizárólag saját tárgyát akarja megismerni, a jogot úgy akarja ábrázolni, ahogy van.⁹⁴ Ennek során Kelsen a jog fogalmát jellemző „Legyen”-t megtisztította ideológiai tartalmától (erkölcsi vagy politikai értékétől), a jogi norma fogalmát elválasztotta az erkölcsi normától (amelyből keletkezett), és a jog öntörvényűségét az erkölcsi törvénnyel szemben is adottnak vette.⁹⁵ A jogi norma a kelsen felfogásban nem más, mint egy hipotetikus ítélet, amely valamely feltételt képező

⁸⁸ *Hegel*: i.m. 122-123. p. (101. §)

⁸⁹ *Hegel*: i.m. 123. p. (101. §)

⁹⁰ *Hegel*: i.m. 120-121. p. (100. §)

⁹¹ Hasonló véleményen *Pokol*: i.m. 3. p.

⁹² Lásd ezeket részletesebben és bővebben: *Nagy*: i.m. 2007. 2-7. p.

⁹³ *Kelsen, Hans*: Tiszta Jogtan. (ford. Bibó István). Rejtjel. Bp., 2001

⁹⁴ *Kelsen*: i.m. 1., és 9. p.

⁹⁵ *Kelsen*: i.m. 12. p.

tényállás és a feltételtől függő következmény sajátos összekapcsolását fejezi ki. Ezáltal a jogi norma jogtétellé válik.

A jog kelsenii megismerése azokra a normákra irányul, amelyek „bizonyos tényállásoknak a jogi (vagy jogellenes) aktus jellegét kölcsönzik, és amelyek maguk is ilyen jogi aktusok által jönnek létre”.⁹⁶ Kelsen a jogot mint normát fogta fel, és élesen elválasztotta a jogi normát a természeti jelenségektől. Ha a bíró – fogalmaz Kelsen – egy konkrét tényállást (bűncselekményt) adottként állapít meg, e megismerő tevékenysége a természeti valóságra irányul. Megismerése csak akkor válik jogi megismeréssé, mikor az általa leszögezett tényállást az általa alkalmazandó törvénnyel kapcsolatba hozza, s azt például lopásként értelmezi. Így pedig csak akkor értelmezheti, ha a tényállás tartalmát egészen sajátos módon norma tartalmaként ismeri fel.⁹⁷ Kelsen úgy mutatta be a természetjog és a jogi jog törvény lényegi különbségét, hogy míg az előbbi egy tényállást mint okot egy másikkal mint okozattal kapcsol össze, az utóbbi egy jogi feltételt kapcsol össze egy jog- (vagyis ún. jogsértés-) következménnyel. De míg az első esetben a tényállások összekapcsolásának módja a kauzalitás, addig a másik esetben a beszámítás, „amit a Tiszta Jogtan a jog sajátos törvényszerűségeként ismer fel. Ahogyan az okozat okra vezethető vissza, ugyanúgy vezethető vissza a jogkövetkezmény a jogi feltételére; a jogkövetkezmény azonban nem tekinthető a jogi feltétel által okozottnak. A jog- (vagy jogsértés-) következmény a jogi feltételnek számítódik be.”⁹⁸ Azaz a büntetés a bűncselekményre nem az ok okozataként következik be, hanem a jog rendszerén belül. A bűncselekményre jogilag állandóan és kivétel nélkül büntetés következik, akkor is, ha a természet (valóság) rendjében valamilyen okból elmaradna. Ha viszont bekövetkezik, akkor sem kell éppen az okként szereplő bűncselekmény okozataként beállnia, azt akár egészen más okok is előidézhetik, még akkor is, ha bűncselekmény a valóságban nem is történt. „Amikor azt mondjuk: ha az ún. jogsértés beáll, „kell” hogy jogsértés-következmény is beálljon, akkor ez a legyen – mint a jog kategóriája – csak azt a sajátos értelmet jelenti, amellyel jogi feltétel és jogkövetkezmény a jogtételben összetartoznak.”⁹⁹ Azaz, a jog fogalmában a „Legyen” tisztán formális jellegű: mentes minden ideológiától, így léte megkérdőjelezhetetlen. Kelsen kiemelte, hogy a norma (vagy Legyen) formális kategóriája csupán a jog főfogalmát jelenti. A *differentia specifica*-t pedig a norma kényszerjellege: a jogi norma kényszerrel elrendelő norma.¹⁰⁰ A Tiszta Jogtan az állami kényszeraktust (pl. büntetés) tekinti a jogtételben meghatározott feltételhez kapcsolódó jogkövetkezménynek: a feltételt képező tényállás jogsértésnek, a feltételtől függő pedig jogsértés-következménynek minősül. „Nem valamely benne rejlő minőség, nem is a jogon túli normához, morális értékhez, azaz a pozitív jog számára transzcendens értékhez való viszonya teszi, hogy egy bizonyos emberi magatartás jogellenesnek, a szó legtagább értelmében deliktumnak minősül, hanem kizárólag és egyedül az, hogy a jogtételben e magatartás egy sajátos következmény feltételeként adott, s a pozitív jogrend erre a magatartásra kényszeraktussal reagál.”¹⁰¹

A jogsértés fogalmát Kelsen a következőképp határozta meg: „annak az embernek a jogtételben feltételként meghatározott magatartása, aki ellen a jogtételben következményként felállított kényszeraktus irányul.”¹⁰² Kelsen kiemelte, hogy ebből a szemléletmódból következően a jogsértés a jog tagadásából a jog sajátos feltétele lesz, és csak ez teszi lehetővé, hogy a jogsértés a jogi megismerés lehetséges tárgya legyen. „A jogi megismerés a jogsértést is csak mint jogot

⁹⁶ Kelsen: i.m. 4. p.

⁹⁷ Kelsen: i.m. 4. p.

⁹⁸ Kelsen: i.m. 12. p.

⁹⁹ Kelsen: i.m. 13. p.

¹⁰⁰ Kelsen: i.m. 14. p.

¹⁰¹ Kelsen: i.m. 14-15. p.

¹⁰² Kelsen: i.m. 15. p.

foghatja fel. A jogsértés fogalma feladja fogalma rendszeren kívüli [extra-szisztematikus] állását, melyben őt csak egy tudomány előtti naiv jogászat tarthatja, és rendszeren belüli [intra-szisztematikus] helyzetet foglal el.”¹⁰³ Magyarozatképp Kelsen azokra a theodícea-felfogásokra hivatkozott, amelyek a rosszat már nem úgy tekintik, mint pusztán a jó tagadását, hanem – mivel a rossz bűnhődéshez, ezáltal a jó győzelméhez vezet – mint a jó megvalósításának feltételét.¹⁰⁴ A jog kelsen felfogása elutasítja azt a nézetet, hogy az emberek a jogsértés-tényállásban a jogot megszegnék, megsértenék: a jog csak a jogsértésen keresztül juthat el a maga lényeges funkciójához. „A jogsértés nem jelent [...] félbeszakadást a jog létében, hanem épp ellenkezőleg: jogsértéssel bizonyosodik be a jog egzisztenciája, mely érvényességében rejlik – vagyis a kényszeraktus mint jogkövetkezmény legyenjében.”¹⁰⁵

Végül két kelsen gondolat említendő meg. Az egyik, hogy Kelsen megkülönböztette a jogi norma elsődleges és másodlagos szintjét. A jogrend célja az, hogy az embereket a valamely magatartás esetén fenyegető rossz gondolatával az ellenkező magatartásra indítsa.¹⁰⁶ Ebben a tekintetben a jogi normák tartalma az emberi magatartásra szorítkozik. Kelsen szerint azonban ebben nem jut kifejezésre a norma jogi jellegének a kényszeraktushoz fűződő lényeges viszonya. Az a jogi norma tehát, amely kényszert kerülő magatartást statuál, csak azzal a feltétellel jelent jogi normát, hogy rajta keresztül az fejeződik ki, hogy ellentétes magatartás esetén következményként kényszeraktusnak kell beállnia. A jogi norma elsődleges formája alatt a kényszeraktust meghatározó, másodlagos formája alatt a kényszeraktust elkerülő magatartást kell érteni.¹⁰⁷ Az olyan kategóriák, mint a jogellenesség/jogszerűség, a joggal ellenkező/jognak megfelelő magatartás ebben a megközelítésben csak a másodlagos jogi normára vonatkozhatnak.

A másik, hogy Kelsen elvetette az általános jogtan azon dualizmusának elméletét, amely a jogot tárgyi és alanyi jogra osztja. Ennek értelmében a jog objektív értelemben norma, normák összessége, azaz rend, szubjektív értelemben pedig ettől különböző, érdek vagy akarat.¹⁰⁸ Kelsen a hagyományos jogtan jogosultságot előtérbe helyező felfogásával szemben a hangsúlyt a kötelességre helyezi. A jognak a lényeges funkciója ugyanis a neki alávetett egyének normatív megkötése, ez pedig nem más, mint a „kötelesség”. A jogi kötelesség nem más, mint jogi norma valamely meghatározott egyének a jogi norma által statuált konkrét magatartásához való vonatkozásában (individualizált jogi norma). Az erkölctől függetlenített jogi kötelességet a következőképp értelmezte: „valamely magatartásra az ember jogilag annyiban kötelezett, amennyiben a magatartás ellentéte a jogi normában jogsértés-következménynek minősített kényszeraktus feltételeként van megjelölve.”¹⁰⁹ Kelsen megkülönböztette a kötelesség és a felelősség fogalmát: felelősségről akkor beszélünk, ha a kényszeraktus más ellen irányul, mint akinek a magatartása a jogsértés-következmény feltételül szolgál, és ebben az értelemben a jog kötelesség tartalmát képezi. Így a felelősség a kötelesség különleges fajtája. A jogosultság és a kötelesség lényegét abban ragadta meg, hogy az előbbi akkor áll fenn, ha „a jogsértés-következmény (szankció) feltételei között egy erre irányuló, kereset vagy panasz alakjában kinyilatkoztatandó akaratnyilvánítás szerepel annak részéről, akit a jogsértés ténye érdekében sértett.”¹¹⁰ A jogi norma csak ebben a viszonylatban válik a jogi kötelezettségtől különböző alanyi joggá: az alany joga azáltal, hogy érdekei érvényesítésében a rendelkezésére áll. Kelsen

¹⁰³ Kelsen: i.m. 15. p.

¹⁰⁴ Kelsen: i.m. 15. p.

¹⁰⁵ Kelsen: i.m. 16. p.

¹⁰⁶ Kelsen: i.m. 16. p.

¹⁰⁷ Kelsen: i.m. 17. p.

¹⁰⁸ Kelsen: i.m. 22-23. p.

¹⁰⁹ Kelsen: i.m. 26. p.

¹¹⁰ Kelsen: i.m. 27. p.

szerint az alanyi jog (mint jogosultság) nem áll a tárgyi joggal (mint tőle függetlennel) szemben: „az alanyi jog csak azért és annyiban létezik, amennyiben a tárgyi jog szabályozza. [...] jogosultság csak a tárgyi jog lehetséges, de semmiképpen sem szükségképpen tartalmi alakulása; különleges technika, amellyel élhet a jog, de éppenséggel nem kell vele élnie.”¹¹¹Végeredményben Kelsen megszüntette az alanyi és tárgyi jog dualizmusát. „Az alanyi jog nem a tárgyi jogtól különböző jog, hanem maga a tárgyi jog, amennyiben a tárgyi jog által statuált jogkövetkezéssel egy konkrét személy ellen irányul (kötelesség) vagy annak rendelkezésére áll (jogosultság).”¹¹²A jogviszony (emberi magatartások tényei közötti viszony) pedig nem más, mint két tényállás viszonya: az egyik jogi kötelességként, a másik jogosultságként előírt emberi magatartásból áll.¹¹³

Kelsen normatana azért érdemel kiemelés, mert rendkívül precíz, ellentmondás-mentes rendszerre épült, és megkérdőjelezte egyrészt a Hegel által lefektetett, és azóta gyakran alapul vett tételt, amely szerint a büntett a jog tagadása, a büntetés pedig a jog tagadásának tagadása, így a jogrend helyreállítása; másrészt az alanyi és tárgyi jog dualizmusát.

4.3. A jogellenesség „egységessége”

Szintén fontos és vizsgálendő kérdés, hogy a jogellenességet egységesként fogjuk-e fel, vagy különbség tehető általában vett, illetőleg büntetőjogi jogellenesség között. Ezt a kérdéskört Nagy Ferenc részletesen áttekintette, s tanulmánya végén összegzett gondolataival nagyrészt egyet is lehet érteni. Hozzáfűzni való egyetlen ponton merül fel.

Nagy Ferenc hivatkozott fő tételei, hogy hazai megközelítésben a büntető-jogellenesség a jogellenességen mint átfogó kategórián belüli halmaz értelmezendő. Ennek következtében egyrészt amit a büntetőjogon kívüli más jogterület jogszerűként megenged, azt a büntetőjog nem tilthatja, másrészt amit a büntetőjog jogellenesként tilt, az a jogrend számára jogellenes, harmadrészt, amit más, büntetőjogon kívüli jogterületek tiltanak, az nem feltétlenül büntető-jogellenes.¹¹⁴ Az említett hozzáfűznivaló a Büntető törvénykönyvön kívüli jogellenességet kizáró okok kapcsán merül fel. A jogellenesség hiánya a Btk-n kívül más jogszabályok, más jogterületek szabályain, illetve adott esetben szokásjogi/bírói jogi „normákon” is alapulhat. Így például aki más magzatát elhajtja, bűncselekményt (büntető-jogellenes cselekményt) követ el. Az 1992. évi LXXIX. törvény viszont bizonyos esetekben lehetővé teszi a terhesség megszakítását. A magzatelhajtás tehát típusát tekintve a büntetőjog szempontjából jogellenes cselekmény, azonban ha más jogszabály engedélyezi, a konkrét esetben (a jogrend szempontjából) nem lesz jogellenes, ezáltal a büntetőjog szempontjából sem. Vagy például a rágalmozás/becsületsértés szintén büntető-jogellenes cselekmények, azonban ha valamely hivatali vagy hatósági jog gyakorlásának, kötelezettség teljesítésének velejárója, nem tekinthető általában véve jogellenesnek, így büntető-jogellenesnek sem. E példákban a lényeg az, hogy egy egyébként (absztrakt módon) a büntetőjog szempontjából jogellenes cselekmény jogszerűségét a konkrét esetben egy, a büntetőjogon kívüli szabály szünteti meg. Ily módon a cselekménytípus büntető-jogellenessége még nem mond semmit a konkrét cselekmény büntető-jogellenességéről. Az a tétel, hogy amit a büntetőjog jogellenesként tilt, a jogrend egésze számára jogellenes, csak azokkal a kivételekkel igaz, amikor a jogrend más (írott vagy adott esetben íratlan) szabálya nem szünteti meg annak saját, és ezáltal büntető-jogellenességét.

¹¹¹ Kelsen: i.m. 27. p.

¹¹² Kelsen: i.m. 27. p.

¹¹³ Kelsen: i.m. 33. p.

¹¹⁴ Nagy: i.m. 2007. 8. p.

Természetesen a Btk-ban szabályozott jogellenességet kizáró okok esetén más a helyzet, ott a büntető-jogellenesség hiánya magán a büntető jogszabályon alapul.

Ehhez a témakörhöz kapcsolódik a következő probléma is. Ha a jogellenességet nem homogénként fogjuk fel, és ennek következtében különbséget teszünk büntető-jogellenesség és általában vett jogellenesség között, akkor ezzel el kell ismernünk annak jogosultságát, hogy létezik más jogágbeli (például polgári jogi) jogellenesség is. (Ezzel nem vitatjuk azt, hogy a nagy halmaz vagy átfogó kategória a jogellenesség, és ezen belül helyezkednek el az egyes jogági jogellenesség-részhalmazok.) Amennyiben pedig különbséget teszünk a különböző jogági jogellenesség között, akkor ennek le kell vonni a szélesebb következményét is. Ezzel ugyanis nehezen egyeztethető össze az a mai, divatos kriminál-politikai szemlélet, illetve annak jogi leképeződése, amely a büntető ügyben a sértett érdekeit előtérbe helyezve az elkövető büntetőjogi felelősségre vonását adott esetben kártérítési kötelezettség teljesítésétől teszi függővé. A büntetőjognak a büntető-jogellenes cselekményeket kell kezelnie, a bűncselekménnyel esetlegesen okozott más jogsértést az „illetékes” jogágnak. Az ellenkező esetre akkor van lehetőség, ha jogrendet egységesnek (homogénnek) fogjuk fel, bármely jogellenes cselekményt pedig maga a jogrend elleni támadásként.

Összegezve az elmondottakat, azt a felfogást gondolom helyesnek, amely a jogellenesség, mint átfogó kategórián belül megkülönbözteti a különböző jogágak szerinti jogellenességet. Ezeknek az átfogó jogellenességhez, és egymáshoz való viszonya az, amely rendezésre szorul. Az nem lehet vitás, hogy a jogellenesség eredete egységes töről fakad. Ha úgy tetszik, a jogrend egységét az Alkotmány testesíti meg, amennyiben meghatározza az alapvető jogokat és kötelezéseket. Minden jogsértés végső soron az Alkotmány által védelemben részesített jogok megsértését jelenti. A jogsértés kezelése azonban mindig annak a jogágnak a területére kell tartozni, amely sérelmet szenvedett. Így például az emberölés büntető-jogellenes cselekmény, de nyilvánvalóan ütközik az Alkotmány azon rendelkezésébe, hogy mindenkinek joga van az élethez, és attól senkit sem lehet önkényesen megfosztani [Alk. 54. § (1) bek.]. A cselekmény elbírálására azonban alapvetően a büntető igazságszolgáltatás jogosult a büntetőjog (büntető törvény) alapján. Olyan „általános” bírói fórum nincs, amely a cselekményt a jogrend elleni általános támadásként, az Alkotmány szabálya szerint próbálná megítélni. Szintén nem jogosult a polgári bíróság büntető ügyben eljárni. Ugyanakkor vannak olyan cselekmények, amelyek adott esetben több jogág szabályait tekintve is jogellenesek lehetnek. Így a rágalmozás vagy becsületsértés a büntetőjogi tényálláson kívül a polgári jog szerinti jóhírnév sérelmét is eredményezi [Ptk. 78. §]. A lelkiismereti szabadság sérelme, a személyes szabadság jogellenes korlátozása, a testi épség, az egészség, valamint a becsület és az emberi méltóság megsértése – a büntetőjogi védelem mellett – a személyhez fűződő jogok sérelmét is jelenti [Ptk. 76. §]. Így tehát az, hogy a cselekmény jogellenességét mely jogág szerint kell megítélni, hogy van-e kizárólagosság e tekintetben vagy lehet párhuzamosság, körültekintően kell megítélni. Az is fontos szempont, hogy a különböző jogágak szerinti jogellenességek egymással dinamikus viszonyban vannak (lehetnek). Ezért van az, hogy a típusában büntető-jogellenes cselekmény a konkrét esetben a jogrend egy másik szabályának engedélye folytán megszűnik jogellenesnek lenni, és ez visszahat magának a büntető-jogellenességnek a megítélésére is. A tipikus, vagy absztrakte szabályozott és a konkrét cselekmény jogellenessége között mindenezek fényében olyan különbség van, amit mindig vizsgálni kell.

4.4. Az ún. törvény feletti jogellenességet (és bűnösséget) kizáró okok

A törvény feletti jogellenességet és bűnösséget kizáró okok (sértett beleegyezése, indokolt kockázat, fegyelmezési jog gyakorlása, jogellenességet kizáró homogén köteleesség-

összeütközés, bizonyos hivatásbeli jogok gyakorlása, illetve az elvárhatóság hiánya mint bűnösséget kizáró ok) kapcsán az egyik fő kérdés, hogy mennyiben ismerhetőek el felelősséget negligáló okként. A büntetőjog alapelveként számon tartott nullum crimen et nulla poena sine lege elvének érvényességét a mai modern büntetőjogban senki sem kérdőjelezi meg. A két elv többet jelent pusztán annál, hogy az elkövető csak olyan cselekmény miatt büntethető, amelyet az elkövetése előtt törvény büncselekményként büntetni rendelt, illetve vele szemben csak olyan büntetés (és intézkedés) szabható ki (alkalmazható), amit a cselekmény elkövetése előtt törvény előírt. A két elvből az egyre inkább elfogadott nézet szerint négy követelmény és tilalom vezethető le: az elkövetéskor hatályos törvény alkalmazásának követelménye, illetve az elkövetőre súlyosabb büntető törvény visszaható hatályának tilalma; a törvényi határozottság követelménye, illetve a határozatlan büntető törvény tilalma; az írott büntető törvény követelménye, illetve a büntethetőséget megalapozó, a büntetőjogi szankciót szigorító szokásjog, bírói jog tilalma; végül a bíró törvényszöveghez kötésének követelménye, illetve az elkövető hátrányára szolgáló analógia tilalma.¹¹⁵ A két (egybekapcsolódó) alapelv, és az említett négy követelmény-tilalom pár igazsága olyan axiómája lett a modern büntetőjognak, amelyhez kétség nem fér. Mindazonáltal felmerül egy olyan probléma, amelynek kifejtését a büntetőjog irodalma általában mellőzi: mi igazolja azt, hogy adott esetben (így a büntethetőséget kizáró okok egy részénél) a tételes jogszabályi rendelkezés hatályát a jogalkalmazó egy szokásjogi, vagy ha úgy tetszik elméleti tételre hivatkozva felfüggeszti?¹¹⁶ Vagy másként fogalmazva, a montesquieu-i hatalmi ágak szétválasztásában¹¹⁷ a jogalkalmazó megteheti-e azt, hogy felülírva a törvényt új normát alkot? A kérdés létjogosultságát az adja, hogy ha el is fogadjuk a társadalomra veszélyesség kategóriájának közvetlen alkalmazását a konkrét esetre, az valójában nem állítható, hogy a „törvény feletti jogellenességet kizáró okok” megvalósulásakor jogi tárgy ne sérülne, azaz a cselekmény jogilag és fogalmilag társadalomra veszélyes marad. Amennyiben a társadalomra veszélyesség konkrét cselekményre vonatkoztatását elvetjük, a kérdésfeltevés indoka még egyértelműbb.

A nullum crimen elvek az általánosan elfogadott értelmezés szerint csupán az elkövető terhére tilalmazzák a szokásjog vagy bírói jog alkalmazását. Az elkövető büntetőjogi felelősségét csökkentő vagy megszüntető szokásjogi/bírói jogi tételek eszerint összhangban vannak az írott büntetőjog követelményével.¹¹⁸ Ezzel kapcsolatban azonban fel kell hívni a figyelmet a következőkre. A jelen esetben arról van szó, hogy létezik egy pozitíve alkotott jogszabályi rendelkezés, amely az elkövető büntetőjogi felelősségét alapozná meg. Olyan törvényi rendelkezés viszont nincs, amely alapján az elkövető a felelősség alól mentesülne. Ezzel szemben jogos igény mutatkozik az elkövető felelősségének negligálására, azonban nincs olyan törvényi kivétel, amely a főszabály alkalmazását kizárná. Tehát itt nem a jogszabály abszolút érvényességének megkérdőjelezéséről van szó (jognak tekinthető-e az igazságtalan szabály)¹¹⁹, hanem arról, hogy a szabály általában véve helyes, azonban van egy olyan kivételes eset,

¹¹⁵ Nagy Ferenc: A nullum crimen/nulla poena sine lege alapelvről. In: Magyar Jog. 1995. évi 5. sz. 257-270. p.

¹¹⁶ A kérdés felvetése megtalálható Pokol Béla hivatkozott tanulmányában (*Pokol*: i.m. 1. p.), Ligeti Katalin pedig annyit említ meg, hogy a nullum crimen sine lege elve nem ad választ arra, hogy megengedhető-e a tettes javára a szokásjog alkalmazása. Hivatkozik továbbá arra, hogy az osztrák büntetőjogban (jogrendszerben) a szokásjognak általában semmilyen szerep nem juthat, mivel ott a jogforrásokat az alkotmány taxatív felsorolja. (*Wiener (szerk.)*: i.m. 2000. 104.p.)

¹¹⁷ Montesquieu, Charles-Louis: A törvények szelleméről. Osiris. Bp., 2000. 248. p. skk. (XI. k. 6. fej.)

¹¹⁸ Wiener (szerk.): i.m. 2000. 169. p.

¹¹⁹ V. ö. Gustav Radbruch formulájával. (Törvényes jogtalanság és törvényfeletti jog. In: Varga Csaba (szerk.): Jog és filozófia. Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből. Szent István társulat. Bp., 2001. 234. p.) Megemlíthető azonban hogy ez csak a tételes törvény és az igazságosság között fennálló *elviselhetetlen* ellentmondás esetén teszi lehetővé a jogszabály érvényességének és ezzel alkalmazhatóságának felfüggesztését. Az tanulmány által felvetett esetekben – azt félretéve, hogy más problémára vonatkozik – kérdéses lehet, hogy ilyen mértékű-e az igazságtalanság.

amelyre nem kellene, hogy alkalmazandó legyen: az igazságosság igénye egy kivétel állítását követelné. Itt érdemes ismét hivatkozni *Kelsen* megállapításaira. Kelsen a joghézagot egyetlen esetben tartotta értelmezhetőnek, nevezetesen amikor a logikailag lehetséges „helyt adó vagy elutasító döntést a döntésre (ill. törvényalkalmazásra) hivatott autoritás túlságosan célszerűtlennek vagy igazságtalannak érzi – olyannyira, hogy olyan feltevésre hajlik, miszerint a törvényhozó erre az esetre egyáltalán nem gondolt; és ha gondolt volna, úgy másképp határozott volna, mint ahogyan most a törvény alapján határoznia kell.”¹²⁰ Kelsen szerint ez a feltevés jelentőség nélküli azzal az alkotmányos kötelezettséggel szemben, amely azt a normát rendeli alkalmazni, amelyet a törvényhozó kibocsátott, és nem azt, amelyet elgondolhatóan kibocsátott volna. Ez következetes folyománya a Tiszta jogtannak, amely a jogot valóságában, ideológiai kötöttségektől mentesen vizsgálja: az a törvény is alkalmazandó, amely a jogalkalmazó szerint rossz. Ez kiegészítendő azzal a kelsen-i gondolattal, hogy amit valaki rossznak tart, az más szemében akár jónak is tűnhet fel. Különösen igaz lehet ez az olyan okokra, mint a fegyelmezési jog gyakorlása, a hivatásbeli jogok gyakorlása vagy akár az elvárhatóság hiánya. A joghézag Kelsen szerint tehát nem más, mint „az a különbség, ami a pozitív jog és egy jobbnak, igazságosabbnak, helyesebbnek tartott rend között fennáll.”¹²¹

Hasonló véleményen van *Szabó András* is, aki szerint nincs olyan jogrend, amely megengedné a pozitív jog alkalmazásának megtagadását, ellenben a bírót egyedül a törvénynek rendeli alá.¹²² Szabó szerint „a legigényesebb jogállami kritériumoknak is megfelelő jogrendszerekben sem fordulhat elő, hogy a pozitív jog előírásait a bíró, a jogalkalmazó félre tehesse, ne alkalmazza és ezt egy olyan elméleti tételre alapozza, amely az általa elképzelt igazságot törvény felettinek, a törvény hatályosulását gátló kategóriának állítja. [...] Az igazságszolgáltatásban a törvénynek, a pozitív jognak van normatív kötő ereje. Elméleti tantételeknek azonban nincs sem normatív ereje, sem normatív funkciója. [...] Az elméleti tétel – bármennyire igaz legyen is – nem érvényes és hatályos jog.”¹²³ Szabó szerint a hatályos pozitív jog érvényességét egyedül jogi eszközökkel lehet kétségbe vonni: ennek letéteményese pedig az Alkotmánybíróság. E testület jogosult ugyanis az alkotmányellenes jogszabály megsemmisítésére. Ennek következtében „korrekt törvényi formában sem lehet szentesíteni jogtalanságot, olyan jogtalanságot, ami alkotmányellenes, és ennek okán igazságtalan.”¹²⁴ Bár a jelen esetben felvetett problémára kifejezetten nem tér ki Szabó, az ismertett álláspontjából egyértelmű a pozitív jog elsődlegességébe, pontosabban kizárólagosságába vetett hite. A továbbiakban érdemes azt megnézni, hogy a hivatkozott grémium hogy viszonyul a felvetett problémához.

A nullum crimen et nulla poena sine lege elvével az *Alkotmánybíróság* (AB) több határozatában is foglalkozott.¹²⁵ Az alapelv a taláros testület szerint az Alkotmány legfontosabb büntetőjogi alapelve¹²⁶, amely eredetileg az ellen kívánt biztosítékot nyújtani, hogy az állam büntetőjogi felelősségre vonást alkalmazhasson polgáraival szemben, ha a cselekmény az állam joga szerint az elkövetéskor nem volt bűncselekmény.¹²⁷ Tartalmát tekintve az AB a nullum crimen elveket

¹²⁰ *Kelsen*: i.m. 56. p. Ezzel szemben áll az a felfogás, hogy a tételes jog minden jogalkotói törekvés ellenére csak hézagossá lehet. V.ö. *Ujvári*: i.m. 2005. 473. p.

¹²¹ *Kelsen*: i.m. 57. p.

¹²² *Szabó András*: Alkotmány és büntetőjog. in: Van és legyen a jogban. Tanulmányok Peschka Vilmos 70. születésnapjára. (szerk. Lamm Vanda) KJK – MTA JI. Bp., 1999. 315. p.

¹²³ *Szabó*: i.m. 316. p.

¹²⁴ *Szabó*: i.m. 317. p.

¹²⁵ 11/1992. (III. 5.) AB határozat; 53/1993. (X. 13.) AB határozat; 2/1994. (I. 14.) AB határozat; 167/B/2000. AB határozat; 32/2008. (III. 12.) AB határozat stb.

¹²⁶ 9/2007. (III. 7.) AB határozat.

¹²⁷ 32/2008. (III. 12.) AB határozat IV. pont.

a büntetőjogi legalitás alkotmányos elve alapján értelmezi: ez azon túl, hogy a bűncselekményt törvényben kell tiltani és törvényben kell büntetéssel fenyegetni, azt is jelenti, hogy a büntetőjogi felelősségre vonásnak, az elítélésnek és a megbüntetésnek törvényesnek és törvényen alapulónak kell lenni. A két elvnek az AB szerint több büntetőjogi szabály adja meg a tartalmát, így a bűncselekmény, a büntetés és a büntetési rendszer törvényi fogalmai. A nullum crimen elvek a büntetőjogi legalitás alkotmányos elvének részei, de nem egyedüli kritériumai a büntetőjogi felelősségre vonás alkotmányosságának. A *büntetőjogi legalitás* tartalmilag azt jelenti, hogy: a) törvény határozza meg a büntetendő cselekményeket és azok büntetését; b) a bűncselekménnyel fenyegetésnek és a büntetéssel fenyegetésnek szükségesnek, arányosnak és igénybevettnek kell lennie; c) a bűnössé nyilvánítást csak bíróság végezheti, határozatban; d) csak az elkövetéskor hatályos törvény szerint lehet bárkit is bűnösnek nyilvánítani (elítélni) és büntetéssel sújtani.¹²⁸ Ezt jelenti tehát a büntetőjogi legalitás. A nullum crimen elveket az AB más határozatai kimondottan a visszaható hatály tilalmával azonosítják.¹²⁹ Azzal a kérdéssel viszont kifejezetten nem igazán foglalkozik az AB, hogy el lehet-e térni akár az elkövető javára is az írott büntető törvénytől. Kiemeli azonban, hogy a jogviszonyok igazságtalan eredménye önmagában nem lehet érv a jogbiztonsággal szemben. „[...]az anyagi igazságosság jogállami követelménye a jogbiztonságot szolgáló intézményeken és garanciákon belül maradva valósulhat meg. Az anyagi igazság érvényesülésére [...] nem biztosít (nem biztosíthat) alanyi jogot az Alkotmány”.¹³⁰ Az igazságosságra hivatkozva nem lehet a jogállam alapvető biztosítékait félretenni. További fontos követelmény jut kifejezésre abban, hogy büntetőjogi garanciák alóli kivétel fogalmilag csak a garanciák nyílt félretételével lenne lehetséges, ezt viszont a jogállam elve kizárja.¹³¹

Nagy Ferenc behatóbban foglalkozott a nullum crimen elvekkel, részletesen áttekintette azok történetét, tartalmi kihatásait, és a magyar büntetőjogban a nevéhez fűződik az elvek tartalmának kifejtése. A felvetett kérdéssel azonban részleteiben nem foglalkozik, megelégszik annak a rögzítésével, hogy a büntethetőséget kizáró okok jó részénél hiányzik a büntető törvényi szabályozás, ez azonban azért nem problematikus, mert valójában nincs alkotmányjogi tilalom az elkövetőre nézve kedvező felelőséget kizáró okok kialakítására és bővítésére.¹³² Ezzel a megállapítással egyet is lehetne érteni, ha a jogállamiság elvéből nem következne a törvények betartásának alkotmányjogi kötelezettsége. A jogállamban az állam köteles betartani törvényeit és egyéb jogszabályait. A közhatalmi erejével ezeket megváltoztathatja, de hatályuk alatt az előre meghatározottakhoz kötve van.¹³³

Végül a szokásjog/bírói jog büntetőjogi *jogforrási megítéléséről* kell szót ejteni. Korábban *Heller Erik* a szokásjog büntetőjogi szerepét két esetben látta elfogadhatónak, ha: vagy mint *desuetudo* (ha egy norma mellől a szankció elmarad), vagy mint *consuetudo* jelentkezik. Ez utóbbi tipikusan a büntethetőséget kizáró újabb okok kifejlődésében, a jogellenességet kizáró okok fejlődésében nyilvánulhat meg.¹³⁴ Ez a felfogás megmaradt a szegedi büntetőjogi iskola képviselőinél.¹³⁵ Azonban meg kell említeni azt a nem minden alap nélküli felfogást, amely a büntetőjogi felelősség ismert alapelveire, különösen pedig a nullum crimen elvekre hivatkozva állítja azt, hogy nemcsak a büntetőjogi felelősség feltételeinek, de akadályainak a megállapítása is csak törvényben történhet (nem beszélve a büntetőjogi jogkövetkezmények általános

¹²⁸ 11/1992. (III. 5.) AB határozat IV. 3-4. pont.

¹²⁹ 2/1994. (I. 14.) AB határozat II. B. 1. 1. pont; 32/2008. (III. 12.) AB határozat V. pont.

¹³⁰ 9/1992. (I. 30.) AB határozat V. 4. pont, illetve 11/1992. (III. 5.) AB határozat III. 4. pont.

¹³¹ 11/1992. (III. 5.) AB határozat III. 5. pont.

¹³² Nagy: i.m. 1995. 264. p.

¹³³ Kommentár a Magyar Köztársaság Alkotmányáról szóló 1949. évi XX. törvényhez. In: *Complex Jogtár Plusz*

¹³⁴ Heller: i.m. 1931. 83-84. p.

¹³⁵ Nagy: i.m. 2001. 79. p.

szabályairól, illetve az egyes bűncselekményekről és büntetésekről). A nullum crimen elvekből következően eszerint sem a szokásjog, sem a bírói gyakorlat nem ismerhető el jogforrásnak.¹³⁶

Végül fontos kiemelni azt, hogy a nullum crimen et nulla poena sine lege praevia (azaz az elkövetőre hátrányos visszaható hatályú jogalkalmazás tilalma) és a scripta (az írott büntető törvény követelménye, amelyből elvileg levezetik az elkövető előnyét szolgáló szokásjog/bírói jog megengedhetőségét) között az a nagyon lényegi különbség van, hogy az előbbi esetben tételesjogi rendelkezés adja meg a lehetőséget az enyhébb (az elkövető érdekét szolgáló) büntetőtörvény visszaható hatályú alkalmazására, míg az utóbbinál ilyen rendelkezés nincs.

Összegzésként azt lehet mondani, hogy a büntetőjogi felelősség nem vitásan csak törvényen, az elkövetés időpontjában hatályos törvényen alapulhat. Az is egyértelmű, hogy szokásjogi vagy bírói jogi szabály, az igazságosság eszméje vagy egyéb erkölcsi indokoltság önmagában nem lehet a büntetendőség alapja. Egy olyan jogrendszerben, ahol a jog uralkodik, ahol a jogállamiság elve megkívánja a jogszabályok alkalmazását, a jogalkalmazó csak aggályosan teheti meg azt, hogy félreteszi az alkalmazandó törvényt azért, hogy az elkövető felelősségét ne állapítsa meg. Egyet lehet érteni ezért *Degré Lajos* véleményével: „a bíró, aki a jogszabály alól, jogbeli felhatalmazás nélkül etikai tekintetből kivételt tesz, nem a jogot alkalmazza, bárha igazságot mér is.”¹³⁷

4.5. A társadalomra veszélyesség és a jogellenesség

A következőkben szót kell ejteni a társadalomra veszélyesség és a (materiális) jogellenesség viszonyáról. A társadalomra veszélyesség fogalma szerint lényegében valamely jogi tárgy megsértését vagy veszélyeztetését jelentette és jelenti. A jogellenesség körében a formális és a materiális jogellenesség megkülönböztetése ismeretes. Formális jogellenesség alatt a tényállásszerű cselekményt szokásos érteni (Wiener). Ez azonban – amennyiben büntetőjogellenesegről beszélünk – kiegészítendő azzal a követelménnyel, hogy a tényállásszerű cselekmény egyben büntetőjogi szankcióval is legyen fenyegetve (Nagy). A materiális jogellenesség egyik értelmezésében a jogi tárgy sértését vagy veszélyeztetését jelenti (Nagy), másik értelmezésében azt, hogy a formálisan jogellenes cselekménynél nem áll fenn jogellenességet kizáró ok. Az előbbi értelmezésben a társadalomra veszélyesség kodifikált materiális jogellenességként értelmezhető. Az utóbbi felfogással kapcsolatban két megjegyzést kell tenni. Az egyik, hogy van olyan nézet, amely szerint törvényen alapuló jogellenességet kizáró ok esetén a cselekmény valójában formálisan sem jogellenes.¹³⁸ A másik, hogy a cselekmény formális jogellenességének elismerése mellett az a helyzet áll elő, hogy a cselekmény materiálisan nem lesz jogellenes, azonban a társadalomra veszélyes marad: jogi tárgyat sért vagy veszélyeztet. Az ugyanis nem állítható, hogy akár egy jogos védelmi cselekmény ne sértene jogi tárgyat. Ebben az esetben a társadalomra veszélyesség nem azonosítható a materiális jogellenességgel: az előbbi pusztán a jogi tárgy sértését vagy veszélyeztetését jelenti, az utóbbi azonban azt is megköveteli, hogy ne álljon fenn jogellenességet kizáró ok. A jogellenességet kizáró ok nem feltétlenül eredményezi azt, hogy a cselekmény egyébként ne sértene jogi tárgyat. Azaz, ha jogellenességet kizáró ok áll fenn, a cselekmény nem materiálisan jogellenes, azonban kétség kívül társadalomra veszélyes.

¹³⁶ *Békés (szerk.):* i.m. 2003. 59-60. p.

¹³⁷ Idézi: *Tóth Mihály:* Néhány gondolat Irk Albertnek a bűncselekmény „jogellenességéről” megfogalmazott nézetei ürügyén. In: *Emlékkönyv Irk Albert egyetemi tanár születésének 120. évfordulójára.* Pécs. 2004. 190. p.

¹³⁸ *Hollán:* i.m. 2003. 11. p.

Korábban *Tokaji Géza* helyesen mutatott rá mind arra, hogy a cselekmény társadalomra veszélyességét a jogi tárgy sértése vagy veszélyeztetése alapozza meg, mind arra, hogy ez nem jelenti feltétlenül azt, hogy minden jogtárgysértő/veszélyeztető cselekmény szükségképpen veszélyes lenne a társadalomra. A típusában egyébként veszélyes cselekmény adott esetben nélkülözheti a társadalomra veszélyes jelleget, sőt akár hasznos is lehet. Tokaji szerint ez a helyzet a társadalomra veszélyességet kizáró okok esetén, mint például a jogtalan élet elleni támadás elhárítása a támadónak okozott testi sérüléssel.¹³⁹ Mindezek fényében Tokaji szerint a társadalomra veszélyes cselekmény teljes fogalma a következő: „társadalomra veszélyes az olyan jogtárgysértő vagy veszélyeztető cselekmény, amely megfelelő társadalmi előnnyel nincs, vagy kellőképpen nincs kompenzálva.”¹⁴⁰

Békés Imre a materiális jogellenesség és a társadalomra veszélyesség viszonya kapcsán arra jutott, hogy azok fogalmi jelentése ugyanaz, így indokolatlannak tarja a két kategória párhuzamos használatát.¹⁴¹

Wiener A. Imre a materiális jogellenességet kizáró okokat a törvény feletti (bírói gyakorlat által kialakított) felelőséget kizáró okokkal azonosítja. Wiener szerint bár a materiális jogellenességet kizáró okokat a törvény nem határozza meg, azonban a bírói gyakorlat bizonyos tipikus életbeli szituációkra pontos szabályokat állapít meg. Ezért elviselhető szerinte, hogy a törvény a jogellenességet nem tekinti ugyan a bűncselekmény fogalmi elemének, de számos, korábban szabályozott kizáró körülmény törvényi megfogalmazását mellőzi az általános jogellenességre hivatkozással.¹⁴² Tehát Wiener szerint a társadalomra veszélyesség nem eleme a bűncselekmény fogalmának. Eleme viszont a jogellenesség, mind formális, mind materiális értelmében. „A materiális jogellenesség vizsgálatára csak a tényállásszerűség megállapítása után, a bírói gyakorlat által megállapított kizáró okok (sértett beleegyezése, szülői felügyelet gyakorlása, kockázat stb.) keretei között kerülhet sor. A hatályos törvénynek éppen a jogbiztonságot sértő hibája, hogy elindíthatja azt a gondolati folyamatot, amely a konkrét cselekményt közvetlenül kapcsolhatja a bűncselekmény általános fogalmához.”¹⁴³ Ez a megállapítás – mint a korábbiakban is láthattuk – nem feltétlenül érvényesül más szerzők felfogásában. Wiener tehát végeredményben arra a következtetésre jut, hogy a felmentő ítélet nem alapulhat a társadalomra veszélyesség mint bűncselekmény fogalmi „elem” hiányán, hanem azt csak a „törvény feletti” materiális jogellenességet kizáró okok alapozhatják meg.

Ezzel szemben a társadalomra veszélyességet kodifikált materiális jogellenességnek tekinti *Nagy Ferenc*. A társadalomra veszélyességet megállapítása szerint szintúgy a jogtárgysértés/veszélyeztetés alapozza meg, mint a materiális jogellenességet. A társadalomra veszélyesség kodifikált materiális jogellenességkénti felfogásából (azonosításából) következik az, hogy a társadalomra veszélyesség (materiális jogellenesség) teljes hiánya e felfogás szerint nem törvény feletti jogellenességet kizáró ok, hanem „a büntetlenség kifejezetten a Btk. rendelkezésén alapul.”¹⁴⁴ Ebből következően, ha a cselekmény nem sérti/veszélyezteti a jogi tárgyat, nem minősülhet bűncselekménynek. Wienerrel ellentétben ebben a felfogásban a társadalomra veszélyesség nem pusztán a büntetendővé nyilvánítás miéртjére ad választ, hanem ezáltal a törvény jogosítja fel a bíróságot arra, hogy a konkrét cselekményt összevesse a bűncselekmény általános törvényi fogalmával. Amennyiben a bíró értékelésében a

¹³⁹ *Tokaji*: i.m. 109. p.

¹⁴⁰ *Tokaji*: i.m. 109. p.

¹⁴¹ *Békés-Földvári-Gáspár-Tokaji*: i.m. 90. p.

¹⁴² *Wiener (szerk.)*: i.m. 2000. 158. p.

¹⁴³ *Wiener (szerk.)*: i.m. 2000. 156. p.

¹⁴⁴ *Nagy*: i.m. 2001. 177. p.

bűncselekmény bármely fogalmi eleme (így a társadalomra veszélyessége) hiányzik, nem valósul meg bűncselekmény.¹⁴⁵ Az ellentmondás ebben a felfogásban ott van, hogy Nagy egyfelől azt állítja, hogy a cselekmény társadalomra veszélyességét mint kodifikált materiális jogellenességet a jogi tárgy sértése/veszélyeztetése alapozza meg; másfelől elismeri, hogy ez nem jelenti azt, hogy az ezzel járó minden cselekmény szükségképpen veszélyes lenne a társadalomra.¹⁴⁶ Az alapvető logikai ellentmondás ott van, hogy a társadalomra veszélyesség és a materiális jogellenesség szerinte azonos fogalmak, mindkettő jellemzője, fogalmi eleme a jogi tárgy sértése/veszélyeztetése. Ha egy cselekmény jogi tárgyat sért vagy veszélyeztet, fogalmilag társadalomra veszélyessé és egyben materiálisan jogellenessé is válik. Így nem fordulhat elő, hogy egy cselekmény jogi tárgyat sért, de nem veszélyes a társadalomra, mert az fogalmi ellentmondás. További probléma merül fel az állítás alátámasztására felhozott példával kapcsolatban is. Nagy – Tokaji nyomán – azt állítja, hogy „a cselekmény kifejtésére sor kerülhet olyan összefüggések között, olyan társadalmi kihatással is, amely a létrejött jogtárgysértést, illetőleg veszélyeztetést megfelelő társadalmi előnnyel mintegy ellensúlyozza: *kompenzálja*, esetleg túlkompenzálja. A típusukban veszélyes cselekmények ilyen megnyilvánulása az adott esetben nélkülözi a társadalomra veszélyes és jogellenes jelleget, sőt egyenesen hasznos is lehet. Ez a helyzet többnyire a jogellenességet kizáró okok, mint pl. a jogos védelem [...] esetén.”¹⁴⁷ Ezzel kapcsolatban a probléma az, hogy a jogellenességet kizáró okok fennállása esetén nem állítható az, hogy a cselekmény egyébként ne sértene, vagy veszélyeztetne jogi tárgyat. Jogos védelem esetén az elhárító magatartás (pl. testi sértés, élet kioltása) amellett, hogy a jog büntetlenséget biztosít a kifejtője részére, sérti a támadó testi épségét vagy életét. A büntetlenség valójában nem a jogi tárgy sértésének hiányán alapul, hanem egy jogi felhatalmazáson, hogy a jogtalan támadóval szemben jogszerűen lehet védekezni. Ugyanez a helyzet a büntető törvényen kívüli jogellenességet kizáró okok, és az ún. törvény feletti jogellenességet kizáró okok esetén is. A szülői/pedagógusi fegyelmezési jog gyakorlása során (például szobafogságban megnyilvánuló személyi szabadság megsértése) nem arról van szó, hogy a gyermek személyi szabadsága ne sérülne. A büntetlenséget a cselekmény megfelelő társadalmi előnnyel való kompenzátsága biztosítja.

A felvetett problémákat Nagy azzal igyekszik megoldani, hogy a társadalomra veszélyesség (materiális jogellenesség) fogalmát végül akként határozza meg, hogy társadalomra veszélyes (materiálisan is jogellenes) a jogi tárgyat az elkövetéskor fennforgó feltételek alapján reálisan sértő vagy veszélyeztető olyan cselekmény, amely megfelelő társadalmi előnnyel nincs, vagy kellőképpen nincs kompenzálva.¹⁴⁸ Ez a fogalom viszont legfeljebb a materiális jogellenességgel kapcsolatban tartható fenn, mivel a társadalomra veszélyesség legáldefiníciójával nem egyeztethető össze.¹⁴⁹

A *bírói gyakorlat* a társadalomra veszélyességet és a materiális jogellenességet szintén azonos fogalomnak tekinti.¹⁵⁰

Ezzel szemben *Erdőssy Emil* szerint nem tehető egyenlőségi jel a társadalomra veszélyesség és a materiális jogellenesség közé. Magyarozatként arra hivatkozik, hogy például a pazarló gazdálkodás társadalomra veszélyes ténykedés, mivel sérti a Magyar Köztársaság gazdasági rendjét, az állampolgárok vagyoni viszonyait. Büntetőjogi vonatkozásban viszont nem

¹⁴⁵ Nagy: i.m. 2001. 178. p.

¹⁴⁶ Nagy: i.m. 2001. 179-180. p.

¹⁴⁷ Nagy: i.m. 2001. 180. p.

¹⁴⁸ Nagy: i.m. 2001. 180. p.

¹⁴⁹ Hasonlóan bírálta a törvényi társadalomra veszélyesség-fogalom kiszélesítését Viski László is: i.m. 323-324. p.

¹⁵⁰ *Belovics Ervin*: A jogellenesség és a társadalomra veszélyesség konfliktusa. In: *Iustum Aequum Salutare* 2007. évi 3. sz. 38. p.

jogellenes, mert nincs olyan büntető jogszabály, amely az ilyen gazdálkodást büntetéssel fenyegetné.¹⁵¹

Úgyszintén cáfolja a társadalomra veszélyesség és a materiális jogellenesség bűncselekménytani szerepének azonosságát *Hollán Miklós*.¹⁵² Hollán kiemeli, hogy a társadalomra veszélyesség ideológiai nyomásra került a Büntető törvénykönyvbe, szemben a materiális jogellenesség ideológiailag semleges voltával; a társadalomra veszélyesség alapvetően a törvényi bűncselekmény-fogalom eleme (de egyben a tudományos fogalom is „hasznosította”), a materiális jogellenesség ellenben „törvényen kívüli” kategória. Élesen bírálja azt a felfogást és gyakorlatot, amely a jogellenességet kizáró okokat a Büntető törvénykönyv társadalomra veszélyesség-fogalmára vezeti vissza annak érdekében, hogy legyen pozitív jogi alapja a felelősség negligálásának. A társadalomra veszélyesség fogalmának hátrányára rója, hogy az nem alkalmas ezen szituációk megoldására, mivel csupán a jogi tárgyak sértésére/veszélyeztetésre utal, olyan szituációkra nem, ahol a versengő érdekek közül a fontosabbat lehet (kell) választani.¹⁵³ Ez utóbbi megjegyzésével kapcsolatban kell megemlíteni azt, hogy a materiális jogellenesség-fogalmak sem tartalmazzák minden szerzőnél a felvetett kritériumot. Továbbá, hogy mi minősül fontosabb érdeknek, azért mindig viszonylagos. A fegyelmezési jog gyakorlását elszenvadó minden bizonnal úgy érzi, hogy az ő testi vagy lelki integritása előrébb való, mint az őt érő fegyelmezés. Ha a magzatot kérdeznénk, hogy az elpusztítása vagy az életben maradása fontosabb-e, valószínű az utóbbira voksolna, szemben a terhességét megszakító nő érdekével. És a sort még lehetne folytatni. Gondolatait Hollán azzal zárja, hogy a társadalomra veszélyességet el kell távolítani a bűncselekménynek mind a törvényi, mind a tudományos fogalmából. Ennek az előzőekben ismertetetteken túli indoka, hogy olyan diktatórikus korszak „szüleménye”, amelynek távlati célja a jog megsemmisítése; olyan tág és bizonytalan hatókörű kategória, amelynek a konkrét esetre való alkalmazása komolyan veszélyezteti a jogbiztonságot, vagy ha adott esetben nem, akkor is komoly módszertani hibákhoz vezet.¹⁵⁴ Véleménye szerint a társadalomra veszélyességnek a jogbiztonság szempontjából aggálymentes funkcióit a materiális jogellenesség fogalma módszertani problémák nélkül el tudja látni. Azonban felhívja a figyelmet arra is, hogy a társadalomra veszélyesség bűncselekmény-fogalomból való mellőzése nem járhat a materiális jogellenesség kodifikálásával, vagy annak a tudományos bűncselekmény-fogalom önálló elemkénti elismerésével. „Ellenkező esetben ugyanis a materiális jogellenesség vonatkozásában reprodukálnánk mindazokat a problémákat, amelyekből a társadalomra veszélyesség kapcsán megpróbáltunk kikeveredni, pl. ennek kapcsán növekedne meg a határozatlan fogalom egyedi esetre való alkalmazásának csábítása.”¹⁵⁵ Hollán megállapításaiból az tűnik ki, hogy a materiális jogellenességnek a jogtárgyharmonikus értelmezés és a szokásjogképződés segítségével kellene érvényesülnie, rendszertanilag pedig nem önálló bűncselekmény-fogalmi elemként, hanem a tényállásszerűség és a jogellenesség körében. Annak megítélése, hogy mindez mennyiben szolgálná a jogbiztonságot és a jogalkalmazás egységességét, nem tisztem. Azzal kapcsolatban viszont, hogy a társadalomra veszélyesség kategóriája a sokszor hangoztatott negatív ideológiai háttére miatt a rendszerváltás után húsz évvel bármiféle bírói önkényhez vezetne, egyetértek *Kőhalmi Lászlóval*, aki ezt az aggályt a bírói kar kiskorúsításának nevezte.¹⁵⁶

¹⁵¹ Ismerteti: *Belovics*: i.m. 41. p.

¹⁵² *Hollán*: i.m. 2004. 724-732. p.

¹⁵³ *Hollán*: i.m. 2004. 727. p.

¹⁵⁴ *Hollán*: i.m. 2004. 728. p.

¹⁵⁵ *Hollán*: i.m. 2004. 728. p.

¹⁵⁶ *Kőhalmi*: i.m. 156. p.

Végül fontos megemlíteni még egy kérdéskört a társadalomra veszélyességgel és a (materiális) jogellenességgel kapcsolatban: ez pedig a *társadalomra veszélyesség fokozhatóságának* kérdése a jogellenesség merev kategóriájával szemben. A kérdés valójában inkább az, hogy ez hozadéka-e a társadalomra veszélyesség kategóriájának. *Újvári Ákos* Viski Lászlóra hivatkozva kétségtelenül annak tartja: „A jogellenesség terminológiája fogalmilag nem alkalmas a cselekmény által okozott jogtárgy sértés vagy veszélyeztetés cizellált kifejezésére”.¹⁵⁷ Ezzel elvileg akár egyet is lehetne érteni. Azonban a bűncselekmény fogalmának azokat az elemeket kell tartalmazni, amelyek fennállása esetén valósul meg a bűncselekmény. Hogy a fogalmi elem milyen mértékű, az a felelősség beállta szempontjából közömbös. Így például, hogy a gondatlan bűncselekmény elkövetője kicsit volt hanyag, vagy nagyon, abból a szempontból közömbös, hogy a gondatlan bűncselekmény megvalósul-e. Az egy másik kérdés, hogy a felelősség szintjének megítélése során ennek lehet szerepe. Problémát az jelentett, hogy a jogalkotó a társadalomra veszélyesség különböző fokaihoz különböző jogkövetkezményeket fűzött. Ebből adódhatott az, hogy a társadalomra veszélyesség fogalma a törvényi fogalmától eltérő jelentést is kapott. A cselekmény társadalomra veszélyessége a törvény értelmében a védett jogi tárgyak sértését/veszélyeztetését jelenti. A bűncselekmény fogalmában ez csak „fekete vagy fehér” típusú kategóriát jelenthet. Ha elismerjük azt, hogy egy cselekmény a jogi tárgyat különböző fokban képes sérteni vagy veszélyeztetni, hogy a sérelem vagy veszély foka idővel módosulhat, akkor be kell látni azt, hogy a tartalmában azonosított materiális jogellenesség is képes erre. (Ujvári éppenséggel azonosítja a két kategóriát¹⁵⁸) Magyarul, ha a társadalomra veszélyességet azonosítjuk a materiális jogellenességgel, akkor vagy mind a kettő fokozható, lévén mindkettő fogalmi jegye a jogi tárgy sértése, veszélyeztetése, vagy egyik sem. Ha viszont a materiális jogellenesség esetén tagadjuk a fokozhatóságot, akkor a társadalomra veszélyesség csak a fogalmán túli más értelmében teheti azt.

Összegzésként a következők állapíthatók meg. A társadalomra veszélyesség fogalmából következő lényege a Magyar Köztársaság állami, gazdasági, társadalmi rendjének, illetőleg az állampolgárok személyének, jogainak sérelme vagy veszélyeztetése. Ezeket a védett értékeket, érdekeket azonban nemcsak a bűncselekmény képes sérteni, hanem más jogág szabályaiba ütköző cselekmény is. Mint azt korábban láttuk, a jogellenesség is értelmezhető (sőt értelmezendő is) tágan: ebbe beletartozik a jog egésze által szabályozott viszonyokkal ellentétes magatartás. Azonban, míg a jogellenesség leszűkíthető a büntetőjog szférájára: alkotható külön kategória a büntető-jogellenes cselekményekre, a társadalomra veszélyességgel ez nem feltétlenül tehető meg.

Mivel a jogellenesség leszűkíthető a büntető-jogellenességre, így a materiális jogellenesség is értelmezhető csak a büntetőjog szintjén, amennyiben a jogellenesség formális oldalát egyértelműen a büntetőjogra szorítjuk. Akkor tehát, ha a cselekményt első lépcsőben akkor nyilvánítjuk büntető-jogellenesnek, ha büntető törvénybe ütközik és büntetőjogi normával fenyegetett (formálisan jogellenes). Az erre épülő materiális jogellenességi kritérium (jogi tárgy sértése vagy veszélyeztetése) már a büntetőjog területén van.

Kérdés az, hogy megtehető-e ez a társadalomra veszélyességgel? Mint láttuk, a társadalomra veszélyesség két szempontból értelmezhető: jogalkotási (a bűncselekménnyé nyilvánítás indoka) és jogalkalmazási (adott esetben a felelősség hiányának megállapítása) szempontjából. *Jogalkotási szerepét* tekintve kimutattam, hogy a társadalomra veszélyesség valójában nem a bűncselekmény differentia specifica-ja, épp ellenkezőleg: bűncselekménynek a társadalomra

¹⁵⁷ *Ujvári Ákos*: Gondolatok a társadalomra veszélyesség (materiális jogellenesség) jövőbeli jogi sorsáról. In: Jogelméleti Szemle 2003. évi 1. sz. 5. p.

¹⁵⁸ *Ujvári Ákos*: A társadalomra veszélyesség (materiális jogellenesség) hiányának jogalkalmazói értékeléséről. In: Tanulmányok Erdős Emil professzor 80. születésnapja tiszteletére (szerk. Balogh Ágnes – Hornyák Szabolcs) Pécsi Tudományegyetem ÁJK. Pécs, 2005.

veszélyes cselekmények tömege közül az minősül, amit a jogalkotó (súlyosságára tekintettel) annak nyilvánít. (lásd például a garázdaság bűncselekményi és szabálysértési alakzatát.) Tehát a társadalomra veszélyesség az a nagyobb halmaz, amelynek egy szeletét rendeli a jogalkotó bűncselekményként büntetni. Erre viszont nem mondható az, hogy csupán a büntetőjog szempontjából társadalomra veszélyes a cselekmény: a cselekmény olyan fokban veszélyes a társadalomra, hogy az már büntetést érdemel. Itt természetesen a cselekmény absztrakt veszélyességéről van szó. Tehát, míg az egyik oldalon a jogellenesség az a nagy halmaz, amelyet a formális jogellenesség fogalma szűkít le a büntetőjogra, és válik ebben értelmezhetővé a materiális jogellenesség, addig a másik oldalon a társadalomra veszélyesség (jogi tárgy sértése/veszélyeztetése) az a nagy halmaz, amit a büntetőjogi büntetni rendeltség szűkít le a büntetőjog szférájára.

A társadalomra veszélyesség *jogalkalmazásai szerepét* tekintve azt jelenti, hogy a konkrét cselekmény csak akkor tekinthető bűncselekménynek, ha ténylegesen is sérti vagy veszélyezteti a védett – és itt már csupán a büntetőjog által védett – értékeket, érdekeket. A társadalomra veszélyességnek tehát csupán a jogalkalmazási szerepe állhat összhangban a materiális jogellenességgel. Ha ezt más szempont ezt nem zárja ki.

Véleményem szerint egy cselekmény a büntetőjog szempontjából akkor jogellenes (büntetőjogellenes), ha tényállásszerű, büntetőjogi normába ütközik és büntetőjogi szankcióval fenyegetett, jogi tárgyat sért vagy veszélyeztet, és nem áll fenn jogellenességet kizáró ok. A jogellenességet kizáró okok hiányának követelménye nem jelentőség nélküli ebben a rendszerben, mert törvény feletti jogellenességet kizáró okok esetén az nem állítható, hogy a cselekmény egyébként ne sértene vagy veszélyeztetne jogi tárgyat. Sőt, nincs ez másként a más törvényben szabályozott jogellenességet kizáró okoknál sem. Így például a magzatelhajtás jogi tárgya a magzati élet védelme.¹⁵⁹ Ha a terhesség megszakítása törvényi felhatalmazás alapján kiadott engedély szerint történik, a magzat elpusztítása nem lesz bűncselekmény a jogszabály engedélye mint jogellenességet kizáró ok miatt. Az viszont nem állítható, hogy ebben az esetben a magzat élethez való joga, azaz a védett jogi tárgy egyébként ne sérülne. Legfeljebb az állítható, hogy egy másik joggal, a terhes nő önrendelkezési jogával ütközik, és az alatt marad. Amennyiben tehát a jogellenességet és a társadalomra veszélyességet abban ragadjuk meg, hogy az a jogi tárgy sértést vagy veszélyeztetését jelenti, ebben az esetben mindkét kategória fogalmilag megvalósul, mert az egyébként jogszerű cselekmény ellenére a védett jogi tárgy sérül. Ezért fontos kiemelni a büntető-jogellenesség fogalmában, hogy ne álljon fenn jogellenességet kizáró ok.

Meg kell említeni, hogy hasonló büntető-jogellenességi követelményrendszert fogalmaz meg *Nagy Ferenc* is, azonban az ő általa alkalmazott szisztéma bizonyos tekintetben következetlen. Nagy rendszerében a büntető-jogellenesség megállapítása a következőket feltételezi együttesen:

- a magatartás tényállásszerű (diszpozíciószerű),
- a tényállásszerű cselekmény büntetőjogi normába ütközik és büntetőjogi szankcióval fenyegetett (formálisan jogellenes),
- a tényállásszerű és formálisan jogellenes magatartás materiálisan is jogellenes, és
- nem áll fenn jogellenességet kizáró ok.¹⁶⁰

Ebben a rendszerben az utolsó követelmény (ne álljon fenn jogellenességet kizáró ok) valójában nem jut igazi szerephez. Nagy szerint ugyanis materiálisan jogellenes a jogi tárgyat az

¹⁵⁹ *Erdősy Emil – Földvári József – Tóth Mihály: Magyar büntetőjog. Különös rész. Osiris. Bp., 2002. 94. p.*

¹⁶⁰ *Nagy: i.m. 2001. 174. p.*

elkövetéskor fennforgó feltételek alapján reálisan sértő vagy veszélyeztető olyan cselekmény, amely megfelelő társadalmi előnnyel nincs, vagy kellőképpen nincs kompenzálva.¹⁶¹ Ha tehát az egyébként formálisan jogellenes cselekmény megfelelő társadalmi előnnyel kompenzálva van, akkor materiálisan nem lesz jogellenes, azaz a cselekmény nem lesz bűncselekmény. Társadalmi előnnyel kompenzálni a jogellenességet kizáró okok tudnak, függetlenül attól, hogy törvényben szabályozottak-e vagy sem.¹⁶² Azaz, a Btk-n alapuló jogellenességet kizáró okok ebben a megközelítésben nem a formális, hanem a materiális jogellenességet zárják ki. Így tehát a büntető-jogellenesség megvalósulásához negatív feltételként megkövetelni a jogellenességet kizáró okok hiányát felesleges.

Mint többször láthattuk, akár törvényben szabályozott, akár törvény feletti jogellenességet kizáró ok is valósul meg, a cselekmény objektíve mindenképpen sérti (vagy veszélyezteti) a jogi tárgyat. A jogellenességet kizáró ok a cselekményt jogszerűvé teheti, és ezáltal a felelősség negligálásához vezethet, azonban a jogi tárgy sérelmét nem szüntetheti meg. Éppen ennek elismerése miatt kell megkövetelni a büntető-jogellenesség megvalósulásához a jogellenességet kizáró okok hiányát.

Ha a társadalomra veszélyességet azonosítjuk a materiális jogellenességgel, és a társadalomra veszélyesség (materiális jogellenesség) a bűncselekmény fogalmi eleme, akkor a „jogellenességet kizáró okok” nem törvény feletti, mivel a büntetlenség a törvény rendelkezésén alapul. (ha nem társadalomra veszélyes, nem bűncselekmény) Probléma azonban, hogy a társadalomra veszélyesség (materiális jogellenesség) a jogi tárgy sértését/veszélyeztetését jelenti. Az ún. jogellenességet kizáró okok megvalósulása esetén viszont nem állítható az, hogy a jogi tárgy ne sérülne vagy ne kerülne veszélybe, azaz, hogy a cselekmény ne lenne materiálisan jogellenes vagy társadalomra veszélyes. Így a bűncselekmény fogalmának elemei megvalósulnak. Büntetlenséget így viszont csak a törvényben írt kizáró okok eredményezhetnek. Ezekkel kapcsolatban megemlítendő, hogy a törvény a büntetlenséget kizáró okok kapcsán nem jogellenességet, illetve nem társadalomra veszélyességet kizáró okokról szól. Ez annyiban helyes, hogy az említett okok valójában azzal, hogy a jogi tárgy sértését/veszélyeztetését nem negligálják, fogalmilag nem zárják ki sem a jogellenességet, sem a társadalomra veszélyességet. Más megközelítésben, a jogos védelem, végszükség a védekező/elhárító cselekmény jogszerűségét deklarálják: a cselekmény jogon (büntetőjogi szabályon) alapul, azaz jogszerű lesz, nem jogtalan! Bűncselekménytani értelemben a tényállásszerűség megvalósulása vitathatatlan, a formális jogellenesség, amennyiben azt valamely büntetőjogi normába való ütközésben jelöljük meg, nem valósul meg, mivel a büntetőjogi normába ütközést egy másik büntetőjogi norma semlegesíti. Ebben az esetben nincs szükség a materiális jogellenesség vizsgálatára. Megjegyzendő viszont, hogy a cselekmény fogalmilag társadalomra veszélyes marad. A más törvény által szabályozott jogellenességet kizáró okok esetén viszont a cselekmény tényállásszerű, formálisan jogellenes (mert továbbra is büntetőjogi normába ütközik, és büntetőjogi szankcióval fenyegetett), jogi tárgyat sért/veszélyeztet (azaz materiálisan is jogellenes marad), a felelősség alóli mentesülést a jogellenességet kizáró ok fennforgása eredményezi. Ugyan ez a helyzet az ún. törvény feletti jogellenességet kizáró okok esetén is. Itt tehát látszik a különbség a társadalomra veszélyesség és a materiális jogellenesség között: van olyan eset, amikor a cselekmény azért nem jogellenes, mert már formálisan sem az, viszont a társadalomra veszélyes marad.

4.6. Társadalomra veszélyesség, a jogellenesség és a jogbiztonság

¹⁶¹ Nagy: i.m. 2001. 180. p.

¹⁶² Nagy: i.m. 2001. 180. p.

Mint arra utaltam, szovjet-országi viszonylatban 1926 és 1958 között (az analógia alkalmazásnak időszakában) a társadalomra veszélyesség „olyan határozatlan jogfogalomként [volt] jellemezhető, amely az állampolgároknak lényegében semmiféle garanciát nem biztosít abban a vonatkozásban, hogy előrelássák cselekményük következményeit.”¹⁶³ Törvényi tényállás hiányában kerülhetett sor büntetőjogi felelősségre vonásra, illetve a későbbiekben is kerülhetett sor felmentésre tényállásszerű magatartás megvalósítása esetén.

A jelen hazai viszonylatában viszont az merülhet fel kérdésként, hogy a társadalomra veszélyesség száműzése esetén nem sérülhet-e szintén a jogbiztonság?¹⁶⁴ A jogbiztonság az Alkotmánybíróság értelmezésében azt jelenti, hogy úgy a jog egésze, mint egyes részterületei és szabályai világosak, egyértelműek, hatásukat tekintve kiszámíthatóak, a norma címzettjei számára előre láthatóak legyenek. Megköveteli továbbá a jogszabályok „olyan világos és egyértelmű megfogalmazását, hogy mindenki, akit érint, tisztában lehessen a jogi helyzettel, ahhoz igazíthassa döntését és magatartását, s számolni tudjon a jogkövetkezményekkel. Ideértendő az is, hogy ki lehessen számítani a jogszabály szerint eljáró más jogalanyok és állami szervek magatartását.”¹⁶⁵

Az ehelyütt felmerülő probléma lényege az, hogy elősegíti-e az állampolgár számára cselekményei következményeinek előrelátását az, ha felelősségének miértjét tudományos magyarázatokhoz kötjük? A „jog nem tudása nem mentesít” axióma a jelenlegi – sokszor kaotikus – jogalkotási dömpingben vajon teljes joggal fenntartható-e? Utalni kell továbbá az olyan, ún. törvény feletti jogellenességet kizáró okokra, mint például a szülői vagy pedagógusi fegyelmezési jog, vagy a sértett beleegyezése. A korábbi büntetőjogi tankönyvek az előző kategóriánál még a könnyű testi sértés okozása esetén sem tekintették a cselekményt büntetendőnek, az újabb tankönyvek a becsületsértés szintjét tekintik a maximumnak. A gyermekek védelmét erőteljesen hangsúlyozó nézetek valószínűleg ezt sem tekintik elfogadhatónak. A szülő vagy a pedagógus vajon honnan tudja meg, hogy mit tehet és mit nem? A szobafogság bűncselekmény-e, vagy még nem? Ugyanígy, annak megállapítását, hogy a sértett beleegyezése mikor mentesíti az elkövetőt a felelősség alól, többen felsorolták. De vajon elvárható-e az, hogy az átlagember tudományosan is művelt legyen?

5. Összegzés

A társadalomra veszélyesség kategóriája alapvetően nem mentes bizonyos jogbiztonsági aggályoktól. Az első fontos problémát magának a fogalomnak a tulajdonképpeni értelme jelenti. A törvény elvileg pontosan meghatározza, hogy mit kell társadalomra veszélyes cselekmény alatt érteni: azt a tevékenységet vagy mulasztást, amely a Magyar Köztársaság állami, társadalmi vagy gazdasági rendjét, az állampolgárok személyét vagy jogait sérti vagy veszélyezteti. A büntetőjog tudományában azonban ez a fogalom önálló életre kelt. Ennek következtében kezdtek el azon gondolkodni különböző korszakok neves kriminalistái, hogy a társadalomra veszélyesség mihez köthető (mit tekintünk társadalomnak, mit tekintünk veszélynek, globális vagy regionális fogalom-e)¹⁶⁶, van-e osztálytartalma, mi van akkor, ha egy állampolgár személyét sértő cselekmény nem ellentétes a társadalmi renddel¹⁶⁷, jogalkotói vagy

¹⁶³ Hollán: i.m. 2003. 4. p.

¹⁶⁴ Ujvári Ákos: Rövid reflexió Hollán Miklós: Megkésztett búcsú a társadalomra veszélyességtől című tanulmányához. In: Jogelméleti Szemle 2004. évi 4. sz. 3. p.

¹⁶⁵ 11/1992. (III. 5.) AB határozat IV. 1. pont

¹⁶⁶ Irk Ferenc: A gondatlan bűncselekmények újrakodifikálásának elméletéhez. In: Jogtudományi Közlöny 2002. évi 3. sz. 117-118. p.

¹⁶⁷ Viski felvetését idézi Irk: i.m. 119. p.

jogalkalmazói kategória-e, avagy mindkettő¹⁶⁸. Szintén ennek következménye az a felfogás, amit *Békés Imre* fogalmazott meg tömören: a jogalkotó „az emberi magatartások elvileg lehetséges teljességéből a Btk. megalkotásánál azokat emelte ki és nyilvánította – törvényi tényállásba foglalás útján – bűncselekménnyé, amelyeket a társadalomra veszélyesnek ítélt. Ebben az összefüggésben a társadalomra veszélyesség a bűncselekménnyé nyilvánítás jogpolitikai indoka.”¹⁶⁹Ez az állítás csak megszorításokkal lehet helyes: nyilvánvaló, hogy a Btk. szerinti fogalmat alapul véve a társadalomra jelenthet veszélyt rengeteg olyan magatartás, amelyet nem a büntetőjog, hanem más jogterület szabályoz. A Btk. a társadalomra veszélyt jelentő magatartások közül csak a legsúlyosabbakat rendeli büntetni. Egyébként maga a törvény sem volt feltétlenül következetes, amikor a társadalomra veszélyesség megszűnését, csekélybé válását „emlegette”. Ebből szintén az következik, mintha a társadalomra veszélyesség más jelentene, mint amit a legáldefiníció jelenteni enged. A társadalomra veszélyesség a törvény értelmében voltaképp a védelmezett értékek (ha úgy tetszik: jogi tárgyak) megsértését vagy veszélyeztetését jelenti, ami a bűncselekmény fogalmi megvalósulásához elengedhetetlen. Azaz a bűncselekmény megvalósulásakor kell fennállnia a jogtárgysérelemnek/veszélyeztetésnek. Az, hogy a jogi tárgy sértése/veszélyeztetése a bűncselekmény megvalósulását követően megszűnik, nyilvánvaló. Így amikor a társadalomra veszélyesség csekélybé válásáról, megszűnéséről beszélünk, nem a fogalom bűncselekménytani értelméről ejtünk szót, hanem a cselekmény társadalomra károságról. Végül, van olyan nézet, amely a társadalomra veszélyességet a materiális jogellenességgel asszimilálva, a törvényi fogalmat sajátos, de azzal nem összeegyeztethető elemekkel színesíti. Így korábban *Tokaji Géza*, napjainkban *Nagy Ferenc* szerint társadalomra veszélyes a jogi tárgyat az elkövetéskor fennforgó feltételek alapján reálisan sértő vagy veszélyeztető olyan cselekmény, amely megfelelő társadalmi előnnyel nincs, vagy kellőképpen nincs kompenzálva.¹⁷⁰ Ehhez kapcsolódóan kell megemlíteni, hogy valójában tényleg lehet olyan eset, amikor egy cselekmény jogi tárgyat sért, azonban hatását tekintve nem „veszélyes” a társadalomra. Csak ilyenkor ellentmond a társadalomra veszélyesség törvényi és egyébkénti (valójában (jog)szociológiai) fogalma. A társadalomra veszélyességnek ez a kétarcúsága az, ami a valódi problémát jelenti.

Az egy másik, de nem elhanyagolható dimenzió, hogy a társadalomra veszélyesség felelősségtani szerepét tekintve is eltérő nézetek alakultak ki: egyesek szerint a bűncselekmény olyan fogalmi eleme, amelynek hiányában büntetőjogi felelősségről nem lehet beszélni, mások ellenben tagadják bűncselekmény-fogalmi szerepét, és benne csupán jogpolitikai deklarációt látnak. Mindez azért is figyelemre méltó, mert a törvényből és az indokolásából következően egyértelműnek kellene lenni, hogy olyan fogalmi elemről van szó, amelynek a hiánya kizárja a felelősségrevonás lehetőségét.

Többen a társadalomra veszélyesség mellett/helyett a materiális jogellenességet preferálnák. Azonban mint láttuk, ez sem bír egységes tartalommal. Sem az alapját jelentő német, sem a hazai büntetőjogban. Gyakorlatilag minden magára valamit is adó büntetőjogásznak van egy materiális jogellenesség fogalma. Az, hogy ez mennyire szolgálja a jogbiztonságot, legalábbis kérdéses.

Mindezek fényében a társadalomra veszélyességet a magam részéről nem tartom helyes, és a jövőben fenntartható kategóriának, mivel ellentétes értelmezések alakultak ki mind a törvényi,

¹⁶⁸ *Békés-Földvári-Gárpár-Tokaji*: i.m. 89. p.

¹⁶⁹ A Büntető Törvénykönyv magyarázata. i.m. 38. p.

¹⁷⁰ *Nagy*: i.m. 2001. 180. p.

mind a tudományos bűncselekmény-fogalmi szerepéről. Sok esetben jogi fogalmából valójában szociológiai jellegű fogalommá vált.

Önmagában viszont a társadalomra veszélyesség számúzése sem feltétlenül aggálymentes. A bűncselekmény fogalmának formálissá válása esetén nyitva marad a kérdés, hogy a jogalkalmazó megállapíthatja-e a bűncselekmény megvalósulását – és ha nem, mire alapozva e döntését – abban az esetben, amikor a cselekmény kimeríti ugyan a törvényi tényállást, azonban hiányzik a cselekmény társadalomra veszélyessége (a jogi tárgy tényleges sértése vagy veszélyeztetése)? Szintén kérdéses, hogy a jogalkalmazói kör milyen felkészültségi szinten áll az ún. törvény feletti jogellenességet és bűnösséget kizáró okok¹⁷¹ ismeretével, és adott esetben meri-e azokat alkalmazni? Amennyiben meri, ezzel újabb probléma áll elő. A jogállamiság szempontjából ugyanis aggályosnak tekinthető az, ha a büntetőjogban – akár az elkövető javát szolgáló – szokásjogi szabály érvényesül. Ezt korábban ki lehetett védeni azzal, hogy a bűncselekmény fogalmában szerepelt egy olyan elem (a társadalomra veszélyesség), amelynek a hiányát azonosítani lehetett a törvény feletti jogellenességet kizáró okok hiányával, és úgy lehetett értékelni, hogy nem valósul meg bűncselekmény. Az más kérdés, hogy ez az értelmezés nem lett egyöntetű. Amennyiben a társadalomra veszélyesség nem lesz (márpedig nem lesz) a bűncselekmény eleme, akkor merül fel az a probléma, hogy a bűncselekmény fogalmának formális megvalósulása esetén meg kell állapítani az elkövető felelősségét, kivéve, ha a büntető törvényben szabályozott felelősséget kizáró ok áll fenn. Ekkor ugyanis nem lesz olyan pozitív jogi szabály, ami lehetőséget teremtene a törvény rendelkezésétől való eltérésre. Az ún. törvény feletti felelősséget kizáró okok jogállami keretek között csak aggályosan írhatják felül a törvény szövegét, és függeszthetik fel annak alkalmazását. Ha mégis ez történik, marad az a szintén jogbiztonsági szempontú probléma, hogy az elkövető felelőssége nem múlhat a jogalkalmazó tudományos jártasságán, mint ahogy az sem tartható, hogy az állampolgár ne lássa előre azt, hogy tetteinek mik a következményei.

Mindezen túl, a bűncselekmény fogalmában a jogellenesség kodifikálását sem tartom aggálymentesnek, mivel ennek sem egységes az értelmezése: mint említettem, szinte minden büntetőjogásznak van egy jogellenesség-fogalma. Már eleve arra is csak kevesen vannak tekintettel, hogy határozott különbség tehető jogellenesség és büntető-jogellenesség között.¹⁷² Arra nézve sem alakult ki egységes felfogás, hogy a jogellenesség tárgyi vagy alanyi jogot érint-e¹⁷³, objektív-e vagy szubjektív¹⁷⁴, ontológiai vagy normatív jellegű-e¹⁷⁵. Szintén konfúz a formális, illetve a materiális jogellenesség értelmezése, jelentéstartalma. Ezért a jogellenesség kategóriájának kodifikálása legfeljebb úgy lehet elviselhető, ha nem is helyeselhető, ha a törvény meghatározza azt, hogy mit kell alatta érteni. Ekkor viszont, ha az pusztán a jogi tárgy sértését/veszélyeztetését jelenti, akkor a kérdés az, hogy mivel jutottunk előrébb a társadalomra veszélyességhez képest?

Véleményem szerint legmegfelelőbb a formális (tisztán formális!) bűncselekmény-fogalom kodifikálása lenne, azzal a fenntartással, hogy a törvény más rendelkezései mondják ki azt, hogy nem valósul meg bűncselekmény bűnösség hiányában, illetve a büntetőjogi felelősséget kizáró okok között legyen szabályozva tartalmilag az a tétel, hogy nem büntetendő az a

¹⁷¹ Törvény feletti jogellenességet kizáró ok például a sértett beleegyezése, a fenyítő jog gyakorlása, a megengedett kockázat, vagy a kötelesség-összeütközés bizonyos esete; törvény feletti bűnösséget kizáró ok pedig az elvárhatóság hiánya.

¹⁷² Viski: i.m. 320. p.; Nagy: i.m. 2001. 173. p.

¹⁷³ Lásd Heller i.m. 1931. 148-149. p.; Nagy: i.m. 2007.

¹⁷⁴ Viski: i.m. 316-317. p.

¹⁷⁵ Békés-Földvári-Gáspár-Tokaji: i.m. 89. p., Tokaji: i.m. 116-120. p.

cselekmény, amely az elkövetésekor nem sérti vagy veszélyezteti a „jogi tárgyat”, vagy amennyiben mégis, azt a szükségesség és arányosság keretei között egy magasabb egyéni vagy társadalmi érdek megfelelően kompenzálja.

FELHASZNÁLT IRODALOM

- A büntető törvénykönyv általános része. Jogi és Államigazgatási Könyv- és Folyóiratkiadó. Bp., 1951.
- A Magyar Népköztársaság Büntető törvénykönyve. KJK. Bp., 1962
- Belovics Ervin*: A jogellenesség és a társadalomra veszélyesség konfliktusa. In: *Iustum Aequum Salutare* 2007. évi 3. sz.
- Berkes György*: A büntetőjogi felelősség feltételei. In: *Büntetőjogi Kodifikáció* 2002. évi 3. sz.
- Berkes György (szerk.)*: Magyar Büntetőjog. Kommentár a gyakorlat számára. 2. kiadás. HVG-ORAC. Bp., 2005
- Békés – Földvári – Gáspár – Tokaji*: Magyar büntetőjog. Általános rész. BM. Bp., 1980
- Békés Imre (szerk.)*: Büntetőjog. Általános rész. HVG-ORAC. Bp., 2003
- Büntető Törvénykönyv. KJK. Bp., 1979
- Erdősy Emil*: A mai magyar bűncselekménytan és a társadalmi valóság. In: *Jogtudományi Közlöny* 2005. évi 2. sz.
- Erdősy Emil – Földvári József – Tóth Mihály*: Magyar büntetőjog. Különös rész. Osiris. Bp., 2002.
- Földvári József*: Magyar büntetőjog. Általános rész. Osiris. Bp. 2006
- Gropp, Walter*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Springer. 2001
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: A jogfilozófia alapvonalai vagy a természetjog és államtudomány vázlat. Akadémiai Kiadó. Bp., 1971.
- Heller Erik*: A magyar büntetőjog tankönyve. Szent István Társulat. Szeged, 1931
- Heller Erik*: A magyar büntetőjog általános tanai. Grill. Bp., 1945
- Hollán Miklós*: Megkésett búcsú a társadalomra veszélyességtől. In: *Jogelméleti Szemle* 2003. évi 4. sz.
- Hollán Miklós*: Gondolatok a társadalomra veszélyesség és a materiális jogellenesség különbségeiről. In: *Magyar Jog* 2004. évi 12. szám.
- Irk Ferenc*: A gondatlan bűncselekmények újrakodifikálásának elméletéhez. In: *Jogtudományi Közlöny* 2002. évi 3. sz.
- Kelsen, Hans*: *Tiszta Jogtan.* (ford. Bibó István). Rejtjel. Bp., 2001
- Kommentár a Magyar Köztársaság Alkotmányáról szóló 1949. évi XX. Törvényhez. In: *Complex Jogtár Plusz*
- Kóhalmi László*: Nekrológ a társadalomra veszélyességről. In: *Rendészeti Szemle* 2007. évi 7-8. szám.
- Lakó Ibolya*: A bűncselekmény-fogalom alakulása hazánkban a századfordulótól a Btá-ig. in: *Horváth Tibor – Szük László*: Büntetőjogi szakirodalom-gyűjtemény. I. kötet. Tankönyvkiadó. Bp., 1987. 347-363. p.
- Ligeti Katalin*: Az új Büntető Törvénykönyv Általános részének koncepciója. In: *Büntetőjogi Kodifikáció*. 2006. évi 1. sz.
- Mészáros Ádám*: A jog eredetének és a büntetés jogának egyes filozófiai alapkérdései. In: *De iurisprudentia et iure publico*. 2007/1-2. szám
- Mezger, Edmund*: Strafrecht. Duncker&Humblot. München und Leipzig, 1931.
- Montesquieu, Charles-Louis*: A törvények szelleméről. Osiris. Bp., 2000
- Nagy Ferenc*: A nullum crimen/nulla poena sine lege alapelvről. In: *Magyar Jog*. 1995. évi 5. sz.
- Nagy Ferenc*: A magyar büntetőjog általános része. Korona. Bp., 2001
- Nagy Ferenc*: A jogtalanság, illetve a jogellenesség és a bűnösség elválasztásáról – német dogmatikai háttérrel. In: *Jogelméleti Szemle* 2007. évi 4. sz.

- Pázsit Veronika*: Tájékoztató a Kodifikációs Bizottság üléseiről. In: Büntetőjogi Kodifikáció. 2001. évi 1. sz.
- Pokol Béla*: A jogellenesség és a jogi tárgy mint a büntetőjogi dogmatika kategóriái. In: Jogelméleti Szemle 2008. évi 3. sz.
- Radbruch, Gustav*: Törvényes jogtalanság és törvényfeletti jog. In: *Varga Csaba (szerk.): Jog és filozófia. Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből.* Szent István társulat. Bp., 2001
- Szabó András*: Alkotmány és büntetőjog. in: Van és legyen a jogban. Tanulmányok Peschka Vilmos 70. születésnapjára. (szerk. Lamm Vanda) KJK – MTA JI. Bp., 1999
- Tokaji Géza*: A bűncselekménytan alapjai a magyar büntetőjogban. KJK. Bp., 1984
- Tóth Mihály*: Néhány gondolat Irk Albertnek a bűncselekmény „jogellenességéről” megfogalmazott nézetei ürügyén. In: Emlékkönyv Irk Albert egyetemi tanár születésének 120. évfordulójára. Pécs. 2004
- Ujvári Ákos*: Gondolatok a társadalomra veszélyesség (materiális jogellenesség) jövőbeli jogi sorsáról. In: Jogelméleti Szemle 2003. évi 1. sz.
- Ujvári Ákos*: Rövid reflexió Hollán Miklós: Megkésett búcsú a társadalomra veszélyességtől című tanulmányához. In: Jogelméleti Szemle 2004. évi 4. sz.
- Ujvári Ákos*: A társadalomra veszélyesség (materiális jogellenesség) hiányának jogalkalmazói értékeléséről. In: Tanulmányok Erdősy Emil professzor 80. születésnapja tiszteletére (szerk. Balogh Ágnes – Hornyák Szabolcs) Pécsi Tudományegyetem ÁJK. Pécs, 2005
- Viski László*: Tézisek a bűncselekményfogalom felépítéséhez. in: Horváth Tibor – Szük László (szerk.): Büntetőjogi szakirodalom-gyűjtemény. Kézirat. Tankönyvkiadó. Bp., 1987
- Wessels, Johannes – Beulke, Werner*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. C.F. Müller Verlag. Heidelberg, 2004.
- Wiener A. Imre*: Elméleti alapok a Büntetőtörvény Általános része kodifikálásához. MTA. JI. Bp., 2000
- Wiener A. Imre (szerk)*: Büntetendőség büntethetőség. Büntetőjogi tanulmányok. MTA ÁJI – KJK-KERSZÖV. Bp., 2000
- Wiener A. Imre*: A Btk Általános része de lege ferenda. MTA. Bp. 2003

Molnár Imre

Vád és védelem, mint a római büntetőeljárás alapelvei

1) A téma vizsgálatánál az első kérdés az, hogy beszélhetünk-e egyáltalán elkülöníthető büntető eljárási szabályokról? Ha igen, ennek voltak-e alapelvi jellegű rendelkezései? S természetesen mondanak-e ezek az alapelvek a mának valamit, vagy teljesen haszontalanok a modern eljárásjogi elvekkel összevetve?

A romanisztika irodalmában (sőt tankönyv szinten is) egyértelműen elfogadott az a nézet, hogy a magánjog, területén nincsenek elkülönítve az anyagi jogi szabályok az eljárási szabályoktól. Pontosítva úgy is fogalmazhatnánk, hogy az anyagi jogi szabályok nagy része a praetori illetve a bírói gyakorlatban alakult, fejlődött, jött létre, tehát a mai értelemben vett eljárási jog keretében. Ez a büntetőjogra nézve csak megszorításokkal érvényes, mert az eljárási szabályokat a fejlett jogban törvények, senatus consultumok, császári constitutiók alkották meg¹. A feltett kérdéseket csak nagyon röviden kívánom áttekinteni, elsősorban azért, hogy a sedes matirie-ről beszélhessek.

a) Anélkül, hogy a kérdésselvetésnél forráselemzésbe belemennék, elsődlegesen a modern irodalomra hivatkoznék. Mommsen, Zlinszky Kunkel, Santalucia külön római büntető eljárásnál beszélnek. Az utóbbi kettőnél ez a könyvük címe (pl. Santalucia; *Diritto e processo penale nell' antica Roma*) Mommsen nagy munkájának (*Römisches Strafrecht*) bevezetőjében a következőképpen tesz erről hitet: *Strafrecht ohne Strafprozess ist ein Messergiff ohne Klinge und Strafprozess ohne Strafrecht eine Klinge ohne Messergriff*² (vagyis a büntetőjog eljárásjog nélkül, kés nyele él nélkül, illetve fordítva, az eljárás jog anyagi büntetőjog nélkül egy él (penge) aminek nincsen fogója.) Tehát az egyik a másik nélkül használhatatlan.

b) Ezek után ami a további kérdéseket illet, hogy voltak-e alapelv jellegű regulái a római jognak és ezek a mai európai jogokban is megtalálhatók-e? Erre a következőképpen szeretnék válaszolni.

A. Wacke kiváló nemzetközi hírű romanista 1993-ban megjelent *Festschrift für Waldstein* c. kötetben közzétett cikkében, melynek címe *Audiatur et altera pars*, idézi a német alkotmány (Art. 103) szövegét, mely szerint legfontosabb eljárásjogi alapelvek a *Nulla poene sine lege* és a *Ne bis in idem*, továbbá a vádlottnak a bíróság előtt, a meghallgatáshoz való joga (ez utóbbi nincs latinul megfogalmazva a német alkotmányban) azonban a német alkotmánybíróság külön kiemelten kezeli *das Gehörprinzip als ein „Urrecht des Menschen”*³ – vagyis a meghallgatási alapelv, mint az embernek az ősi joga.

¹ Brósz R. – Pólay E, *Római jog*. Budapest, 1986. 101. l. Molnár I. – Jakab É., *Római jog*. Szeged 2003. 59 és 88. ezzel szemben Macer a közbüntettekről azt írja: *Non omnia iudicia, in quibus crimen veritur et publica sunt, sed ea tantum, que ex legibus iudiciorum publicorum veniunt.* (D. 48,1,1) azaz csak azok a cselekmények esnek büntetőeljárás alá, melyek a közbüntettek vonatkozó törvényekben szerepelnek. Lásd továbbá Molnár I., *Büntető- és büntetőeljárásjogi alapelvek római jogi előzményei*. Szeged, 1996. 167 és köv.

² Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*. 1990 (az 1899 kiadás utánnyomása) Vorwort-ban.

³ A. Wacke, *Audiatur et altera pars*. *Festschrift für Waldstein* 368 és köv. l. áttekintést ad a Nyugat-Európa országaiban érvényesülő római eljárásjogi elvekről is.

Az első kettő vitathatatlanul (közismert) a római jogból eredő jogelv, az utóbbi nem annyira elterjedt, ezért néhány mondattal forrásszerűen igazolnám.

Marcianus írja⁴ (D. 48,17,1 pr) a következőket: Severus és Antoninus császár leirata szerint távollétében senkit sem szabad megbüntetni, ezzel a joggal élünk – majd ismét hangsúlyozza, hogy távollévőket nem ítélünk el, ezt az aequitásból eredő ratio (ésszerűség) ugyanis nem tűri el, valakit, úgy ítéljenek el, hogy ügyében őt magát meg sem hallgatták. A római jogban egyik legfontosabb rendezőelvként érvényesülő aequitás (méltányosság) ésszerűségéből nem is következhet más.

Hasonlóan vélekedett Ulpianus is (D. 48,19,5 pr)⁵, amikor ő is azt mondja a távollévőket büntető ügyekben elítélni nem lehet. Majd a későbbiek során ismételtelen visszatér és részletesen kifejti a következőket. A megátalkodottakkal szemben akik nem engedelmessé válnak az idézésnek (bujkálnak stb.) a magánjogi szabályok szerint el lehet járni. A két szabály nem áll ellentétben egymással kérdezi maga a jogász. Majd válaszol is, nem. Ilyenkor meg lehet indítani az eljárást az enyhébb büntetésekkel fenyegetett cselekmények esetén, és csak pénzbüntetést, vagyonelkobzást, városból való kitiltást lehet kiszabni. A súlyosabb büntetéseket mint pl. halálbüntetés, bányamunkára való ítélet nem.

Ha ezt a szövegrészt összevetjük Gordianus császár 243-ban kiadott⁶ constitutiójával – amely a két előző rendelkezéssel összecseng – (C. 9,2,6) megállapíthatjuk, hogy olyan cselekményekben, ahol capitális büntetés szabható ki (halál, bányamunka, állampolgárságtól való megfosztás) még vádemelés sem lehet, hanem csak a vizsgálatok kezdhetők meg (a mai értelemben vett nyomozás). Hivatkozik a császári rendelkezés arra, hogy ez a régi joggyakorlatból következik. Az elmondottakból egyértelmű, hogy a vádlottat megilleti a meghallgatáshoz való jog, amit csak vagyoni jellegű büntetések esetében, a csekélyebb súlyú cselekményeknél mellőztek. Ez az alapelv lényegében megfelel a korábban hatályos magyar Be. 182, 193 (2) bek., 199, 200 paragrafusokban foglalt rendelkezéseknek.

⁴ D. 48,17,1 pr. Marcian. Divi severi et antonini magni rescriptum est, ne quis absens puniatur: et hoc iure utimur, ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur. Wacke szerint a császári leiratot egy konkrét eset váltotta ki, de általános igénynek tett a császári döntés eleget (im. 390). Mommsen (im. 335) szerint is egyértelmű a távollévő elleni eljárási tilalom. Sorba viszi a vonatkozó forrásokat, melyek valóban összecsengenek.

⁵ D. 48,19,5 pr. Ulpianus libro septimo de officio proconsulis

Absentem in criminibus damnari non debere divus traianus iulio frontoni rescripsit. sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse inpunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari. adversus contumaces vero, qui neque denuntiationibus neque edictis praesidium obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem privatorum iudiciorum. potest quis defendere haec non esse contraria. quid igitur est? melius statuatur in absentes pecuniarias quidem poenas vel eas, quae existimationem contingunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse et usque ad relegationem procedi: verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metallum vel capitibus poenam, non esse absentibus irrogandam.

Lásd Mommsen im. 335. Ulpianus önmagával vitatkozó szövegét Wacke (im, 390) Trajánus császár 100 évvel korábbi döntésére vezeti vissza, mely a kérdésben teljes jogegységet teremtett. Álláspontja szerint a Trajánus féle leirat magában foglalja az in dubio pro reo elvet is.

⁶ C. 9,2,6 Gord. Absentem capitali crimine accusari non posse, sed requirendum tantummodo adnotari solere, si desit, vetus ius est.

Mommsen, im 326 és köv. 1. részletesen tárgyalja a távollévővel szembeni vagyoni jellegű intézkedéseket, de a büntető ítélet kimondását ő sem látja lehetségesnek. Wacke a provinciái jogéletre vonatkozó eltérő joggyakorlatot mutatja be (im. 392-93)

Egy anekdota Hadrianus császárról világosan megmutatja a meghallgatás elvének jelentőségét⁷.

c) A közelmúltban a hazai romanista irodalomban megjelent egy cikk a római büntető eljárás alapelveiről. A cikkben szereplő megállapításokkal, szöveg egzegézissel többé kevésbé egyet lehet érteni. Szerepel benne egy mondat, amely a következőképpen hangzik: a közvetlen egyezéseket és különbözőségeket a mai és a római büntetőeljárás alapelvek között kimutatni durva anakronizmus volna, ugyanis a látszólag azonos elvek többször tartalmilag egészen mást takarnak⁸. A szerző ebbéli véleményével nem tudok egyetérteni. A lényeg nem az, hogy az alapelvek milyen formában jöttek létre – hogy világos legyenek – a Be. az alapelveket deklarálta, Rómában többnyire egy jogeset kapcsán jelentek meg, hanem az, hogy ezek alapelveként használtattak-e vagy sem. A *communis opinio* szerint nem lehet elvitatni, hogy ezek a Rómában kialakult alapelvek, ha más megfogalmazásban is, de átkerültek a modern európai jogokba. Nem beszélve arról, hogy több ilyen büntető eljárásjogi elv a *Digesta* 50. könyvének 17. tituluszában is megtalálható az ún. regulák között, amelyeket a római jogászok az esetjogból absztraháltak, quasi külön jogelvként kiemeltek. Így pl. *in dubio pro reo* elvre utaló regulák. (D. 17,155,2 – 50,17,56 – 50,17,192,1.)⁹ Ha ezeket összevetjük a modern jog más szavakkal megfogalmazott elveivel, akkor éppen azt lehet mondani, hogy más megfogalmazás ellenére, egyező, azonos tartalom állapítható meg. Azt nem vitatom, hogy a törvényalkotás menete és az alapelvek kialakítása más rendszerű volt az ókorban és most. A Be. készítői meghatározták az eljárás alapelveit és ennek szellemében készítették el a részletszabályokat. Rómában fordítva történt. A jogalkotók elkészítették az eljárás viteléhez szükséges szabályokat, ezekből a szabályokból készítették a jogtudósok a regulákat, alapelveket. Így tanítja ezt Paulus közismert regulája is: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure regula fiat...* (D. 5,17,1) azaz nem a regulából ered a jogszabály, hanem a jogszabályból lesz a regula. Tehát Rómában is, és most is az alapelvek egy-egy jogág lényegi elemeit tartalmazzák.

Természetesen idő hiányában csak a vádló és vádlott, illetve a védő tevékenységével kívánok a továbbiakban foglalkozni. A megjelölt cikk eme megállapítása indított arra, hogy összevessem a Be.-ben található 10 megjelölt alapelvet a római jogi forrásokban találhatóakkal. A feldolgozás során nem számottevő eltéréssel azonos elveket találtam. Megállapításaimat a magyar tudomány napja alkalmából ez év novemberében a szegedi akadémiai székházban tartott rendezvény keretében mutattam be. Ezekből emeltem ki kettőt, s most szeretném önök elé tárni.

2) A vádló feladata és jogállása.

a) Róma több mint ezer éves fennállása alatt különböző büntetőbíróági eljárási formák jöttek létre, ezek közül kettőnek volt döntő jelentősége. E kettő a *questios* (esküdtszéki) eljárás, illetve az *extra ordinaria cognitio*. Ez előbbi lényegében a Kr. e.

⁷ Als Hadrian eine Bittstellerin am Wegesrand mit dem bemerken abwies, „ich habe keine Zeit“, schrie sie ihm nach, „dann kannst du nicht Kaiser sein!“ Hadrian drehte sich sofort um und schenkte ihr Gehör. Wacke im, 399.

⁸ Nótári T., Megjegyzések a modern büntetőeljárás alapelvek római előzményeihez. in: A Büntető Törvénykönyv és a Büntető Eljárás Törvény módosításának elméleti és gyakorlati kérdései, Budapest, 2003. 97-103; Jog, vallás és retorika. Budapest, 2008. 28-29.

⁹ D. 50,17,56 *Idem libro tertio de legatis ad edictum urbicum* Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt.; D. 50,17,192,1 *In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius.*; D. 50,17,155,2 *In poenalibus causis benignius interpretandum est.* Lásd Wacke im. 385-394. valamint 397.

III. századtól a Kr. u. II. század végéig volt a fő ítélkezési forma, míg az utóbbi a Kr. u. II. század végétől a Birodalom fennállásáig (közel 400 év) volt szinte egyedüli eljárási mód. A kétféle eljárás között a következő lényeges különbséget mutathatjuk ki.

A quaestio esküdtbírósként működtek, nem volt hivatalból vádemelés, a nép közül képviselte valaki a vádat. A vádló és a védő irányította az eljárást. Az esküdtek csak a bűnösség kérdésében döntöttek, a büntetést a törvény mondta ki. Az ítélet ellen kezdetben fellebbezni nem lehetett. Ezzel szemben a cognitio perben az eljárás hivatalból indult, a vádat rendszerint a hivatal képviselte (magánszemélyek többnyire akkor, ha valamilyen érdekük fűződött hozzá, pl. házasságtörés esetén a sértett fél). Az eljárást a hivatalnok bíró folytatta le, aki nemcsak a bűnösség kérdésében döntött, hanem a kiszabható büntetés is az ő mérlegelésétől függött. Az ítélet ellen fellebbezésnek volt helye.

A vádlónak három egymástól jól elkülöníthető feladata volt. A vádindítvány elővezetése, amit a magistratus legitimált, ezt követően a vád ismertetése. Másodszor a bizonyítási eljárás irányítása, s végül a vádbeszéd elmondása¹⁰.

b) A vádemelés és a vád képviselőjének a jogállása a legszélesebb körben nyert szabályozást Rómában. A köztársasági korban a politikai tárgyú büntető tárgyalások bizonyos fokig a nép szórakoztatására is szolgáltak. A vádló reflektorfényben állt. Egy-egy sikeres vád politikai pályáját alapozhatta meg. Ezért volt szükség a vádló működésével kapcsolatos részletes szabályozásra.

Az esküdszéki eljárásnál, mivel az eljárás csak vádemeléssel indulhatott meg a vádlóként fellépő személynek elő kellett adni azt a cselekményt ami közérdeket sértett és azt a kérelmét, hogy vádlóként akar fellépni (postulatio) Cicero. div in Caec. 64 fam. 8,6,1) (accusatio rendszer). A legelső kérdés annak megállapítása, hogy a fellépő vádló emelhet-e vádat, illetve hogy nincs-e egyéb akadálya a vádemelésnek¹¹. A törvények a kérdést úgy szabályozták, hogy ki nem emelhetett vádat körét írták elő. Ezek a következők:

aa) is, qui iudicio publico damnatus est... (Ulp. D. 48,2,4), azaz akit közbűncselekmény miatt elítéltek. Ulpianus különböző variációkat figyelembe véve részletesen kifejti a kérdést egyéb szempontokra is kiterjesztőleg (pl. nem lehetett vádló aki színészzel foglalkozik, aki vadállatokkal való viadalra szerződik stb.) egyszóval úgy lehetne ezt kifejezni, hogy csak fedhetetlen személy vádolhat.

A kérdés még részletesebben kerül bemutatásra a D. 48,2,8-ban¹².

Marcernél, eszerint nem lehetnek vádlók:

- a nők (bizonyos kivételekkel)

¹⁰ Az elmondottakra nézve lásd részletesen W. Kunkel, Untersuchungen zum Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischen Zeit. München, 1962. 51-97. Továbbá Kleine Schriften. Weimar, 1974. 151-345. Hasonló alaposan beszél a büntető eljárásról B. Santalucia, Diritto e processo penale nell'antica Roma, akinek a művét németre fordította E. Höbenreich, Verbrechen und ihre Verfolgung im antiken Rom címmel (a továbbiakban Santalucia/Höbenreich) 55-130.

¹¹ Santalucia/Höbenreich 66-67.

¹² D. 48,2,8 Macer 2 de publ. iudic. qui accusare possunt, intellegemus, si scierimus, qui non possunt.

itaque prohibentur accusare alii propter sexum vel aetatem, ut mulier, ut pupillus: alii propter sacramentum, ut qui stipendium merent: alii propter magistratum potestatemve, in qua agentes sine fraude in ius evocari non possunt: alii propter delictum proprium, ut infames: alii propter turpem quaestum, ut qui duo iudicia adversus duos reos subscripta habent nummosve ob accusandum vel non accusandum acceperint: alii propter condicionem suam, ut libertini contra patronos Santalucia/Höbenreich im. 67.

- a serdületlenek, és elmebetegek
- társadalmi állásuk miatt (magistratus, katona)
- szegénységük miatt
- libertinus, patronus viszonyban lévők egymással szemben.

Nem lehet vádat emelni objektíve ha a vádemelésre nyitva álló határidő letelt (pl. házasságtörésnél a házasság felbontását követő 60 nap után). Ha a cselekmény büntethetősége elévült. Ha már az ügyet jogerősen elbírálták, ez utóbbira lásd D. 48,2,7,2¹³.

A római büntetőjogászok világos gondolkodására vall egy Paulustól származó szöveg: *Senatus censuit, ne quasi ob idem crimen pluribus legibus reus fieret* (D. 48,2,14). Azaz: a szenatus rendelkezése szerint senki sem legyen ugyanazon bűncselekmény miatt több törvény alapján vádlott. A szöveget többféleképpen lehet magyarázni. A legkézenfekvőbbnek tűnik az, ha egy cselekmény több bűncselekményt is megvalósít, csak az egyik törvény (törvényi tényállás) alapján lehet vádat emelni ellene.

Azt a kérdést is tisztázták, hogy ki nem lehet vádlott ami ugyancsak akadályozza a vádemelést.

Ezek a következők: a császári legatus, a provincia előjárói, a római nép magistratusa, vagy olyan személy, aki állami érdekből van távol, a rabszolga ellen olyan esetben ha a törvény pénz vagy egyéb vagyoni büntetést ír elő (Saturninus D. 48,2,12).

bb) Ha nem volt akadálya a vádemelésnek, akkor került sor a vádirat formális átadására (nominis delatio) (Cicero, *Div. in Caec* 63, *Verr. II.* 2,94)

A vádiratot írásban kellett benyújtani. (D. 48,2,7 pr) Paulus előadása (D. 48,2,3 pr)¹⁴ szerint a vádiratnak az alábbi formai és tartalmi elemei voltak: Meg kell jelölni a dátumot, a hatóságot amelyhez beadják, nagyon részletesen le kell írni a pontos tényállást, továbbá milyen törvény értelmében, milyen bűncselekményt követett el a vádlott, valamint meg kellett nevezni, hogy kit *vádol* a megjelölt cselekménnyel, természetesen alá is kellett írni.

Ha nem felelt meg a törvényi előírásoknak a beadvány az eljárást meg kell szüntetni. 30 napon belül újra beadható a vád. Ha a vádiratban tévedés történt ki lehet javítani megfelelő határidőn belül (D. 48,5,36). A tárgyalás során már nem lehet a vádat módosítani. Dominatus idején ha kiderült, hogy más bűncselekményt követett el a vádlott, mint amivel vádolták, lehetőség volt a módosításra.

cc) Az esküdtzéki eljárásban problémaként jelentkezett sok esetben, hogy a vádló hamisan vádolt, ok nélkül visszalépett (vádejtés). Éppen ezért részletesen szabályozták a vádtól való visszalépést és a hamis vádesetet. Ha a visszalépés jogszerű volt, az eljárás

¹³ *Isdem criminibus, quibus quis libertus est non debet praeses eundem accusari...* (Ulp. D. 48,2,7,2) Lásd Mommsen im. 480.

¹⁴ D. 48,2,3, pr. Paul. *Libellorum inscriptionis conceptio talis est. „consul et dies. apud illum praetorem vel proconsulem lucius titius professus est se maeviam lege iulia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum gaio seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commisisse”. utique enim et locus designandus est, in quo adulterium commissum est, et persona, cum qua admissum dicitur, et mensis: hoc enim lege iulia publicorum cavetur et generaliter praecipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt: neque autem diem neque horam invidus comprehendet.*

Lásd Santalucia/Höbenreich im. 66. és 120. A cognitio eljárásban a posztklasszikus korban az accusatio rendszer helyébe az inquisitio lép. Megbízott funkcionáriusok végzik a nyomozást és készítik el a vádiratot. Constantinus császár rendeletéből (C. 9,4,1) az is kiderül, hogy nincs szükség a magánfél feljelentésére (vádiratára), ezt a hivatal maga megteszi.

megszűnt (meghalt a vádlott). Ha nem volt jogszerű, akkor a vádló ellen büntető eljárást tettek folyamatba. Ennek a büntető eljárásnak háromféle jogalapja lehetett. Tudatosan rágalmozott a vádemelésnél, vagyis hamis vádat terjesztett elő, összejátszott a vádlottal az igazi bűncselekmény elleplezésére, egyszerűen visszalép a vádtól. (Marcianus D. 48,16,1)¹⁵.

A volt vádló ellen azon az alapon jártak el, miszerint a vád előterjesztése előtt esküdt kellett tennie, hogy hamis vádat nem képvisel, és az igazság kiderítése a célja még esetlegesen a vádlott javára is. Ez az eljárás egy védekezés volt az igazságszolgáltatás tudatos, felületes megsértőivel szemben, ha ugyanis az igazságszolgáltatás megfelelően működött akkor az ilyen vádló könnyen megvághatta magát. Paulus mondja, aki visszalép az tovább nem vehet részt az eljárásban és vádlóként más ügyben sem léphet fel (D. 48,16,2). Így a magáravont büntetés mellett jogaiban is korlátozva lett.

c) A bizonyítási eljárás során a vád képviselőjének a feladata a vádirat szóban történő előadása, majd a bizonyítékok feltárása. Cicerótól tudjuk, mint a Verres ellen indított eljárásbani vádló hosszabb időt kapott a bíróságtól a bizonyítékok összegyűjtésére (Cic. Verr. 1,11,30).

Előbb a vád, majd azt követően a védelem tanúit hallgatták ki. A császári perben a bizonyítékok felderítése a hivatalban működő tisztviselők feladata, ezt a vádirat beadása előtt végzik el, a tárgyalás során a feltárt anyag bizonyítása a feladat (tanúvallomás, okiratok). A vádhatóság feladatát könnyíti meg ha a gyanúsított beismerő, vallomást tesz, avagy tettenérés történt¹⁶. Ha ez nem áll fenn, akkor kerül sor a hosszadalmas bizonyítási eljárásra. Forrásaink szerint gyanú alapján nem lehet senkit sem elítélni (D. 48,19,5, pr Ulp.) Paulus is azt írja (D. 48,18,18,2) hogy az a feladat vár a vádemelőre, amit állít azt bizonyítsa is és a bíróságot győzze meg.

A bíróságnak ugyanis úgy kell a vizsgálatot vezetni, hogy a vádlott ártatlansága is kiderüljön – mondja Ulpianus (D. 48,19,19). Hasonlóan szólnak a császári rescriptumok is. A Kr. u. 385-ben kiadott császári rendelet szerint minden bírónak tudnia kell, hogy nem szabad az állami személyek által tett javaslatoknak mindig hinni, hanem az ügy igazságát kell kideríteni (C. 9,2,14). Hasonló szellemű Codex 9,2,7-ben található császári leirat is.

A bizonyítási eljárás lezárása után került sor a perbeszédre.

d) A büntető peres eljárás fénypontja Rómában a vád- és védőbeszéd volt, különösen az esküdszéki eljárásban, amikor is az ingadozó esküdteket igyekeztek meggyőzni a vádlott bűnösségéről, illetve annak ártatlanságáról.

Ezen a ponton a vád képviselője bizonyos fokú hátrányban volt a vádlott védőivel szemben, tekintettel arra, hogy a védőnek (vagy védőknek) másféleszer annyi idő állt rendelkezésre védő beszédük elmondásánál, mint a vád képviselőjének. A perbeszédet először a vádló mondta el, majd ezután következtek a védők, akik a vádló érveléseire is kitérhetek (úgymond visszafeleselhetek). Elsősorban Cicero és Quintilianus írásaiból ismerjük a per szónokainak érvelésekből kifogyhatatlan monológját. Cicero különösen mestere volt annak, hogy ugyanazon tényállás mellett akár a vád, akár a védelem oldalán a biztos siker reményében fejtette ki álláspontját (Cic. Flacc. 82; Verr. 3,56,129; Quinct. 7,29; Cluent. 41,116).

¹⁵ D. 48,16,1 pr. 1-2. marcian. l.s. ad sc turpill. accusatorum temeritas tribus modis detegitur et tribus poenis subicitur: aut enim calumniantur aut praevaricantur aut tergiversantur.

¹⁶ Lást a téma részletes kifejtését Santalucia/Höbenreich im. 120 és köv. l. A kérdést részletes forráselemzéssel mutatja be Nótári (im. 102 és köv. l.), a confessus pro indicato est elv igazolása forrásszerű, azaz beismerés esetén nem volt szükség további bizonyítási eljárásra.

3) A vádlott és védő jogosítványai

a) Mint a fentiekben láttuk bizonyos eljárási szabályok a védelemnek kedveztek (több védő, hosszabb védőbeszéd). A vádlottnak több joga volt ismert Rómában. Ezekből a két alapvető a meghallgatáshoz való jog, valamint a védelemhez (védő jelenlét) való jog. Az előbbit a bevezető részben elemeztem, itt az utóbbit szeretném bemutatni. A meghallgatás jogához kiegészítésül még annyit, hogy a vádlottnak a tárgyalás megkezdését követően, nyilatkozni kell, elismeri a vádat, elkövette a cselekményt, nem követte el (*fecisse, non fecisse*)¹⁷. Elmondhatja véleményét részletesen a váddal kapcsolatban, felel a vádló kérdéseire, valamint a saját védőjének a kérdéseire is, bizonyítási indítványt tehet a tanúkhöz kérdéseket intézhetett. Ulpianus tesz említést arról (D. 48,5,28,7), hogy a vádlottak még a tanúk inquisitív jellegű kihallgatásánál is részt vehetnek, és a kínzás közben azokhoz kérdéseket intézhettek. Egyszóval mindent elmondhat, ami menségére felhozható. A szóbeliségből következik a közvetlenség is, mivel az esküdtek, majd későbbi korokban a hivatalnok bíró a felek előadásából szűrhetette le a tényállást.

b) A vádlott védőt, illetve védőket bízhatott meg, akik közreműködtek peren kívül és a per során a bizonyítékok felderítésében. *Cuique defensio tribuenda* (Tacitus. ann. 13,20,3). A védő az egész eljárás során közreműködhet (előzetes fogva tartás, tárgyalás, fellebbezés).

A legsúlyosabb büntetésekkel fenyegetett ügyekben kötelező a védelem. Ezt az alábbi források tanúsítják.

in capitalibus iudiciis defensio datur (Ulp. D. 3,3,32,2)

Modestinus szerint (D. 48,1,12 pr) a letartóztatottak meghallgatásához a provinciában lévő olyan személyeket akik a bíróságnál szoktak eljárni (ügyvédek, védők) *meg kell hívni*. A rabokat vasárnap is ki lehet hallgatni (feltehetőleg akkor fogták le őket) azért, hogy akik ártatlanok bocsátassanak el¹⁸.

Hasonló következtetés vonható le a Codex 9,2,5 illetve 6 szövegeiből is.

Bármely modern törvénykönyvbe is beilleszthető lenne a Paulustól származó következő szöveg (D. 48,18,18,9): a letartóztatottakat a meghallgatás előtt egy nappal értesíteni kell, hogy fel tudjanak készülni

- ha a védelmet a letartóztatott bármely időben kéri, azt megtagadni nem lehet (a legtagabb értelemben kitűnik a védelemhez való jog)

- ha a védőt olyan időben – pl. kihallgatás közben – kéri, amikor nem teljesíthető, a meghallgatást el kell napolni¹⁹.

A császári rendeletek szabályozták a letartóztatással kapcsolatos eljárást.

Akit gyanú alapján lefognak, csak megfelelő bizonyíték alapján vádolhatják meg (C. 9,2,17 pr).

¹⁷ Kunkel, *Kleine Schriften* 16 továbbá 87. Stantalucia/Höbenreich 67. Mommsen im, 430 és köv. l.; Zlinszky J., *A római büntetőjog*. Budapest, 1991. 126 és köv. l.

¹⁸ D. 48,1,12 pr. Mod. *Custodias auditorum tam clarissimos viros quam patronos causarum, si omnes in civitate provinciae quam regit agunt, adhibere debet.*

Wacke, im. 396. Mommsen im, 310.

¹⁹ D. 48,18,18,9 Paul. *Cogniturum de criminibus praesidem oportet ante diem palam facere custodias se auditorum, ne hi, qui defendendi sunt, subitis accusatorum criminibus obprimantur: quamvis defensionem quocumque tempore postulante reo negari non oportet, adeo ut propterea et differantur et proferantur custodiae.* Vö. Wacke, im. 396.

Csak komoly bizonyítékok alapján lehet valakit fogva tartani (C. 9,3,1-2). A letartóztatottak ügyét a börtönben 30 naponként felül kell vizsgálni, különös tekintettel arra, hogy milyen bűncselekményt követtek el, hány évesek, mi a társadalmi rangjuk, erről jelentést kell készíteni (C. 9,4,5). A vádlott elővezetését csak bíró rendelheti el (C. 9,3,3). A letartóztatottak írásban rögzített meghallgatása ellenére kötelező a bírósági eljárásban az újbóli kihallgatás.

A vádlottat megillette a büntetést kiszabó ítélet elleni fellebbezés a császárkor elejétől. Kérdés, ki fellebbezhetett. Ulpianus ezzel kapcsolatban a következőket mondja (D. 49,5,1) *hi quorum interest, vel quibus mandatum est, vel qui negotium alienum gerunt*. Akinek érdekében áll (pl. a vádlottnak), akit megbíztak (a védő), illetve olyan személy aki idegen személyek ügyeit viszi (védő ügyvéd) hivatásszerűen.

Összegezve a kérdést: köteles a vádlott a tárgyaláson megjelenni, annak minden szakaszában megilleti a meghallgatási jog, csak bizonyítékok alapján lehet elítélni, távollétében a büntetőeljárást lefolytatni nem lehet, az eljárás minden szakaszában megilleti a védelem, az ítélet ellen fellebbezéssel élhet. Mindez arról győz meg bennünket, hogy a római jogi elveket összevetve a modern jogban található elvekkel, egy a Digestából vett szállóigészerű mondattörredékekkel lehet végső megállapítást tennünk némi túlzással.

et hodie hoc iure utimur, azaz ma is ezzel a joggal élünk, vagy élnénk, ha nem történtek volna kedvezőtlen törvényi változások.

De sajnos a Be.-ből kimaradt az a szakasz, hogy az eljárás feladata az igazság kiderítése.

A források számtalan helyen utalnak arra, hogy az igazság, felderítése a büntetőeljárás legfőbb feladata.

Álljon itt erre Diocletianus császár 294-ben kiadott rendeletének egy töredéke:

...aliud nihil in iudiciis quam iustitiam locum habere debet (C. 7,62,6,1)

nincs más feladata (célja) a bírósági eljárásnak, mint az igazság megtalálása (mint a valamikori Be. alapelnél)

debet szócska quasi ezt kifejezetten hangsúlyozza, szinte kötelezővé teszi²⁰

²⁰ Wacke szerint Diocletianus császár rendelkezése a *iuris precepta sunt haec* (a jog hármasság parancsa) jogelvhez hasonlítható, a *ius suum cuique tribuere* örökérvényű tételhez viszonyítva, azzal azonos jelentőségűnek tartja, mint a jogszolgáltatás örökérvényű, megváltoztathatatlan feladatát. (im. 399)

Nagy Ferenc

GONDOLATOK ÉS KÉRDÉSEK A JOGELLENESSÉG ÉS A JOGI TÁRGY KÖRÉBŐL

I. Gondolatok és kérdések a jogellenesség köréből

1. A jogellenesség mint bűncselekményi elem, illetve büntetendőségi előfeltétel

Egy cselekmény csak akkor bűncselekmény és büntetendő, ha az tényállásszerű, jogellenes és bűnös. A bűncselekmény tehát a tényállásszerűségből, a jogellenességből és a bűnösségből tevődik össze. A jogellenesség e szerint bűncselekményi ismérv, anyagi jogi büntetendőségi előfeltétel, legalábbis több mint egy évszázada a német szakirodalomban, továbbá a hazai/szegedi büntetőjogi felfogás értelmében.¹

A hatályos magyar Btk. normaszövegében a jogellenesség kifejezés elszórtan, fragmentálisan előfordul, de tartalmaz a törvény szövege a különös részben a jogellenesség mellett, vele szinonim értelemben érthető különféle megfogalmazásokat is. Ez esetben az a kérdés, hogy a törvényi rendelkezések a materiális vagy a formális jogellenességre vonatkoznak-e. A megkülönböztetésnek jelentősége van, mert a materiális jogellenességet a jogalkalmazó a védett és a megsértett érdekek, értékek összevetésével értékeli, a formális jogellenesség viszont valamilyen jogszabályi rendelkezésbe, normába ütközést jelent.² A törvényben egyébként szerepel a jogos-jogtalan, a jogosult-jogosulatlan, az engedély-engedély nélkül, továbbá a jogszabályellenes és jogellenes fordulat.³

Egy olyan cselekmény, amely nem jogellenes, az jogszerű, jogilag konform vagy megengedett. Az ilyen cselekmény sohasem büntetendő. Ez a kijelentés azonban fordítva már nem értelmezhető. Léteznek ugyanis olyan cselekmények, amelyek jogellenesek, mégsem büntetendők a büntetőjog szerint. A jogellenesség ezáltal a bűncselekménynek/a büntetendőségnek szükséges, de nem elégséges feltétele/eleme. Tehát az a tétel helyes, hogy „nincs bűncselekmény/büntetendőség jogellenesség nélkül”. Azonban nem helyes és nem helyénvaló a tétel, hogy „nincs jogellenesség bűncselekmény/büntetendőség nélkül”.⁴

Jescheck szerint a „jogellenesség (‘a joggal szembeni tiltakozás’) fogalma mellett sokan az azonos jelentőségűnek tekintett *jogtalanság* fogalmát használják. A két fogalom azonban megkülönböztetendő. *Jogtalanság* a jogellenesként értékelt cselekmény maga.”⁵ A jogtalanság fogalmát továbbá a *materiális jogellenesség* értelmében is értik.⁶ Jóllehet a jogellenesség és a jogtalanság fogalmakat a német szakirodalom többnyire szinonim használja, azonban eltérés kifejezésre juttatható. Ha egy cselekmény jogellenes, úgy ezzel a jogi Sollen normáival való nem egyezés fejeződik ki. A jogellenesség fokozása nem lehetséges. Másként van a jogtalanság esetében, például az emberölés jogtalansága jelentősen súlyosabb, mint például a

¹ Gropp, Walter: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Springer, Berlin..., 2005. 73-74. p.; Nagy Ferenc: A magyar büntetőjog általános része. HVG-Orac, Budapest, 2008. 96-97. p.

² Wiener A. Imre: Elméleti alapok a büntetőtörvény általános része kodifikálásához. MTA Jogtudományi Intézet, Budapest, 2000. 73. p.

³ Ezeknek a fordulatoknak a törvényi megjelenését összegzi Wiener A. I.: I.m. 117-127. p.

⁴ Vö. pl. Baumann, J. – Weber, U. – Mitsch, W.: Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch. 11. Aufl. Gieseking, Bielefeld, 2003. 300. p.

⁵ Jescheck, H.-H. – Weigend, Th.: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1996. 233. p.

⁶ Vö.: Schönke, A. – Schröder, H. – Lenckner, Th./Eisele, J.: Strafgesetzbuch. Kommentar. 27. Aufl. C. H. Beck, München, 2006. 170-172. p. (Vorbem. 48-51 vor § 13.)

dologrongálásé. A jogtalanság fogalmában ugyanis a jogellenes cselekménnyel összekapcsolt szociáletikai értéktelenség (Unwert), vagyis helytelenítő értékítélet rejlik.⁷

2. A tényállásszerűség és a (büntető)jogellenesség viszonya

A tényállásszerűség megállapítása után a (büntető)jogellenesség jelenti a bűncselekmény-fogalmi felépítés következő elemét. A tényállásszerűség és a (büntető)jogellenesség viszonyát illetően több – bár jobbra látszólagosan – ellentmondó felfogással találkozhatunk:

- a) a tényállásszerűség a jogellenesség *ratio essendi*-je;
- b) a tényállásszerűség a jogellenesség *indiciuma*;
- c) a tényállásszerűség a jogellenesség *ratio cognoscendi*-je.

ad a) Amennyiben a tényállásszerűség a jogellenesség *ratio essendi*-je, a tényállásszerűség megállapításával a magatartás jogellenesnek is tekinthető. Ennek a megállapításnak viszont a jogellenességet kizáró okok megléte mondhat ellent, hiszen ha a tényállásszerűség a jogellenesség *ratio essendi*-je lenne, ez azt jelentené, hogy az elkövető magatartása jogellenes is, viszont ha az elkövető cselekményét például jogos védelemben valósítja meg, akkor az mégsem minősíthető jogellenesnek. Ez nyilvánvaló ellentmondás, aminek feloldása a tényállásszerűség fogalmának oly tág felfogásával történik e nézet értelmében, hogy a tényállás csak akkor valósul meg, ha a cselekmény jogellenes is, azaz ha jogellenességet kizáró okok nem állnak fenn. Vagyis a tényállásszerűség a szokásos jelentésén túlmenően a kizáró okokat is magában foglalja oly módon, hogy a kizáró körülmények hiánya a tényállásszerűséget megalapozza. Ezáltal a kizáró okok negatív tényállási ismérvek, aminek következményeként a tényállásszerűség és a jogellenesség megfelelően nem különül el a bűncselekmény fogalmi felépítésénél.

ad b) Az indicium olyan figyelembe veendő gyanújel, amelynek megléte bizonyos valószínűséggel a jogellenesség fennállására enged következtetni. Annak valószínűsége, hogy egy konkrét esetben a tényállásszerű magatartás egyúttal jogellenes is, bűncselekményenként eltérő. A tényállásszerűség *pusztán kapcsolódási pont* a jogellenességre vonatkozóan, vagyis a tényállásszerűség megállapítása alkalmat kínál a cselekmény jogellenességének vizsgálatára.

ad c) A tényállásszerűség a jogellenesség *ratio cognoscendi*-je felfogás értelmében a tényállásszerűség megállapítása eszköz a *tipikusan, rendszerint* jogellenes magatartás *felismerésére*. A tényállásszerű magatartásnak jogellenességekénti értékelése csak a jogellenesség vizsgálata után, kiváltképp a szóba jöhető jogellenességet kizáró okok elemzése és tagadása után lehetséges.⁸

A tényállásszerűség – jogellenességet kizáró ok hiányában – tehát általában a (büntető)jogellenesség megállapításához vezet(het). Kivételesen azonban az is előfordul, hogy a tényállásszerű magatartás, mint például a kisebb értékhatárt meg nem haladó lopás csupán szabálysértésnek minősül. Ilyenkor a kifejtett – a Btk. 316. § (1) bekezdésébe illő – cselekmény tényállásszerű is, bűnös is, jogellenes is, de formálisan nem (büntető)jogellenes, ugyanis az említett magatartás nem büntetőjogi büntetéssel fenyegetett. Nem lehet (büntető)jogellenes a cselekmény a jogellenesség materiális vetülete hiányában sem. A (büntető)jogellenesség megállapítása tehát együttesen feltételezi az alábbiakat:

- a magatartás tényállásszerű (diszpozíciószerű),
- a tényállásszerű cselekmény büntetőjogi normába ütközik és büntetőjogi szankcióval fenyegetett (formálisan jogellenes),
- a tényállásszerű és formálisan jogellenes magatartás materiálisan is jogellenes, és

⁷ Wessels, J. – Beulke, W.: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 36. Aufl. C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006. 99. p., 37. Aufl. 2007. 102. p.

⁸ Gropp, W.: I.m. 179-183. p.; Nagy F.: 2008. I.m. 129-130. p.

- nem áll fenn jogellenességet kizáró ok.⁹

Vannak tehát olyan tényállásszerű cselekmények, amelyek (büntető)jogellenesek, és vannak olyanok, amelyek – különböző okokból – nem (büntető)jogellenesek. Nem jogellenes egy magatartás, ha tényállásszerű ugyan, de olyan körülmények állnak fenn, amelyek a (büntető)jogellenességet kizárják. Ezen kizárás megvalósulhat egyrészt úgy, hogy jogellenességet kizáró ok hatályosul, másrészt akkor, ha a tényállásszerű magatartás formális vagy materiális jogellenessége hiányzik.

3. Jogellenesség mint a büntetőjogi szankció előfeltétele

Tehát az a tétel adott, hogy nincs büntetőjogi büntetendőség/bűncselekmény jogellenességi előfeltétel nélkül, azonban nem érvényes az, hogy nincs jogellenesség büntetőjogi büntetendőség/bűncselekmény nélkül. Az a megállapítás, hogy a cselekmény nem büntetendő, mert nem jogellenes, először is azt juttatja kifejezésre, hogy az nem büntetőjogellenes, ezért jogkövetkezményként a büntetése nem lehetséges. Egy jogellenes cselekmény nem lehet önmagában jogalapja valamely büntetőjogi büntetésnek. Büntetőjogi intézkedések – fiatakorúaknál is – azonban lehetségesek. De azt is jelentheti, hogy a hiányzó jogellenességen nyugvó büntetés-nélküliség jogilag nem irreleváns és nem következmények nélküli. A jogrend más ágaiban ugyanis a cselekmény, amely a büntetőjog szempontjából nem jogellenes, jogkövetkezmény kapcsolódási pontja lehet. Ezért szükséges pontosítani és büntetőjogellenességről beszélni annak kifejezésére, hogy jogellenességről mint büntethetőségi és bűncselekmény megállapítási előfeltételről van szó. Azonban ez a differenciált terminológia e tekintetben a büntetőjogban eddigiekben nem szokásos.¹⁰

4. Jogellenesség a büntetőjogban és a büntetőjogon kívül

Egy másik, nem csupán terminológiai kérdés, vajon a büntetőjogilag releváns, illetve a büntetőjogon kívül jelentőséghez jutó jogellenesség tárgyi kritériumai azonosak-e. Igenlő esetben a jogellenes cselekmény egyúttal mindig más jogterületeken is jogellenes, és fordítva, egy nem büntető-jogellenes cselekmény minden más jogági körben jogszerű. A jogellenességi kritériumok divergenciája (eltérése) esetén ellenben ugyancsak kérdés, hogy a büntetőjog által mint nem jogellenesként értékelt cselekményt a polgári/közigazgatási jog révén jogellenes cselekményként lehet-e értékelni, illetve fordítva, a polgári jog vagy a közigazgatási jog által megengedett cselekmény (esetleg) büntető-jogellenes lehet-e.¹¹ (E kérdésekre adandó lényegi válasza az összegzésben térünk vissza.)

Mint már erre utalás történt, sok az olyan cselekmény, amelyek bár jogellenesek, de büntetőjogilag mégsem büntetendők, pontosabban nem képeznek bűncselekményt. Ez egyrészt az olyan cselekményekre találó megállapítás, amelyek büntetőjogi értelemben jogellenesek, de más anyagi jogi bűncselekményi/büntethetőségi előfeltétel (például bűnösség) nem teljesül. Másrészt ez azonban az olyan cselekményekre is érvényes, amelyeket a jogrend más területén jogellenesként értékelnek, csak épp a büntetőjogban nem. Példa a hatályos hazai büntetőjogban a furtum usus, vagyis a használati célú lopás esete, amely büntetőjogilag általában nem jogellenes, így a lopás bűncselekményét nem valósítja meg (kivéve a gépi meghajtású idegen jármű esetén). Vagyis egy magatartás hiányzó büntető-jogellenessége nem implikál, nem feltételez jogszerűséget az egész jogrend viszonylatában.

⁹ Nagy F.: 2008. I.m. 130. p.

¹⁰ Ellenpéldaként hozható jelen szerző tankönyve, ahol a bűncselekmény-fogalom összetevője nem csupán a jogellenesség, hanem a büntető-jogellenesség. Lásd: Nagy Ferenc: A magyar büntetőjog általános rész. 3. kiadás. Korona, Budapest, 2004. 190-191.; új, átdolgozott, bővített kiadás: HVG-ORAC, Budapest, 2008. 129-130. p.

¹¹ Vö.: Baumann, J. – Weber, U. – Mitsch, W.: I.m. 300-302. p.

A büntetőjogi és a büntetőjogon kívüli jogellenesség inkongruens, össze nem illő körének létezését elvileg nem lehet meggyőzően vitatni. A jogellenesség így jogterület-specifikus értéktelenségi/helytelenítési ítélet/értékelés. Az vitatott csak, hogy mennyiben van szó a különböző jogterületek jogellenességi fogalmainak önállóságáról/függetlenségéről. Hogy vajon léteznek-e olyan speciális normák, amelyek csak a büntetőjogi értelemben vett jogellenességet zárják ki, a büntetőjogon kívüli jogellenességet azonban érintetlenül hagyják.

A jogellenességi kritériumok jogterület-specifikus meghatározása egyébiránt nem áll messze attól, hogy egy cselekményt a büntetőjogon kívül jogszerűnek és a büntetőjogon belüli jogellenesként értékelnének. A speciális jelleg alapján, mint a legélesebb állami reakcióeszköz, a büntetőjog csak olyan jogsértéseket fog át, amelyek fokozott jogellenességi megítélést érdemelnek. Ezért az olyan cselekmény, amely a büntetőjogon kívül már nem ítéltető jogellenesnek, az igazából nem lehet büntető-jogellenes sem.

5. A jogellenesség egyéb kérdéseiről

A jogellenesség a tettes büntethetőségének előfeltétele, akinek a tényállásszerű magatartását jogellenesként ítélik meg. A tettesi magatartás jogellenessége ezen túlmenően azonban – közvetve – más elkövetők magatartását illetően (is) büntethetőségi előfeltétel. Ez érvényesül például a részességi alakzatokra (felbujtásra, bűnsegélyre). A részes büntethetőségének előfeltétele ugyanis mind a teljes, mind a limitált járulékoság követése esetén, hogy a tettes bűncselekményt, ezen belül – legalább – jogellenes cselekményt kövessen el.

A jogellenességnek mint bűncselekményi/büntetendőségi előfeltételnek a jelentőségét meg kell különböztetni a jogellenességnek/jogtalanságnak mint jogos védelmi előfeltételnek a jelentőségétől. A jogtalan támadás a jogos védelmet keletkeztető ok. Ebben az összefüggésben a jogtalanság/jogellenesség nem bűncselekményt/büntetendőséget megalapozó, hanem – fordítva – büntethetőséget kizáró hatású. Itt a támadás jogtalansága/jogellenessége a jogos védelemben eljáró „tettes” büntetlenségének az előfeltétele.

Az emberi magatartás a jogellenességi megítélés objektuma. Büntetőjogi értelemben csak a természetes személy egyéni magatartása (tevése vagy mulasztása) a jogellenes, míg például az állapot nem.

6. Az alaki (formális) és az anyagi (materiális) jogellenesség

A jogellenességet valamikor kizárólag alaki (formális) bűncselekmény-fogalmi elemnek tekintették, s csakis a jogszabállyal való ellentétességet, a normaszegést értették azon. A jogellenesség lényege eszerint az, hogy a magatartás a büntetőjogi normában rögzített cselekvési vagy magatartástól tartózkodási kötelezettséget megszegi. Ez az irányzat válasz nélkül hagyta a kérdést, hogy miért nyilvánít a jogalkotó valamely cselekményt jogellenessé. Régen megjelent azonban a materiális jogellenesség tana is, amely szerint a szóban lévő bűncselekmény-fogalmi elemnek csak az egyik oldala az *alaki jogellenesség*, míg a másik oldala – a külföldi dogmatikában különféleképpen definiált – *materiális jogellenesség*. E két oldal alapján az irányzatot dualisztikus jogellenességi teóriának is nevezik.

A materiális jogellenességnek kétféle szerep tulajdonítható. Egyrészt az alaki jogellenesség tartalmi indokát nyújtja, s ezáltal a tételes jog igazolását szolgálja. Ugyanakkor az irányzat következetes képviselése olykor a büntetőjogi felelősség körét szűkíti. Erre a materiális jogellenesség kodifikálásának a hiányában akkor kerül sor, ha a törvény valamely cselekménytípust büntetni rendel, az adott esetre jogellenességet kizáró okot nem szabályoz, de a cselekményt a materiális jogellenesség hiánya miatt mégsem indokolt büntetni. Az ilyen

esetekre alakult ki a német dogmatikában és gyakorlatban a *törvény feletti* jogellenességet kizáró okok, s különösen a törvény feletti végszükség kategóriája.¹²

A materiális jogellenességi teória gyakorlati kihatását tekintve *ellentmondásos* természetű irányzat. Az, hogy a törvény feletti kizáró okok elismerésével adott esetben a törvény jogalkalmazói felülbírálatát is lehetővé kívánta tenni, kétségkívül sértette a legalitás elvét. Másfelől viszont a korabeli törvények merevségével szemben gátjául szolgált az indokolatlan büntetőjogi felelősségre vonásnak.¹³

Hazánkban a teória hívei és ellenfelei egyaránt a legalitást, a jogbiztonságot tartották szem előtt. Hívei közül *Finkey Ferenc* és *Irk Albert* a materiális jogellenességből egyáltalán nem vezetett le törvény feletti kizáró okot,¹⁴ és *Schultheisz Emil*¹⁵ is csak óvatosan vetette fel a kérdést. A törvény jogalkalmazói felülbírálatával, mint a jogbiztonságot fenyegető veszéllyel éppen a teóriát elvető szerzők foglalkoztak, akik ugyanakkor a materiális jogellenesség kérdését maguk is reális problémának tartották. Így például *Heller Erik*¹⁶ a meglévő tételes jog merev alkalmazásának a visszásságait elismerve, annak kiküszöbölésére a jogellenességet kizáró okok körének *jogalkotói* kiszélesítését és a törvények megfelelő értelmezését javasolta.¹⁷ *Vámbéry Ruzstem* pedig azt az álláspontot képviselte, hogy „az állami normával ellenkező alaki és a jogrend céljaival ellentétes anyagi jogtalanság” ... közötti megkülönböztetés az anyagi és alaki jogtalanságnak ellentéte „a tételes jog által megkötött bíró számára értéktelen. Nem használható a jogrend hézagának betöltésére sem.” ... „Elméletileg az anyagi jogtalanság, amely a tételes jogszabály tartamát egy ’társadalmi eszmény’-hez méri, a természetjognak nyit rejtekajtót, gyakorlatilag a bírói önkénynek szolgáltatja ki a törvényt.”¹⁸

A század első felében a materiális jogellenesség fogalmára nézve nálunk a legfejlettebbnek minősíthető nézet terjedt el: *a jogellenesség materiális oldalát* lényegileg *a jogi tárgyak sértésében, illetőleg veszélyeztetésében jelölték meg*.¹⁹ Ez az álláspont feltétlenül tudományos előrelépést jelentett, és jelenleg is ez tekinthető az uralkodó nézetnek.

7. A formális és a materiális jogellenesség megkülönböztetése Lisztnél

A formális és a materiális jogellenesség megkülönböztetése tekintetében úttörő szerepet töltött be Franz von Liszt. Szerinte a „bűncselekmény jogellenes, azaz formálisan az állami normának, a jogrend parancsának vagy tilalmának a megsértése, materiálisan az állami norma által jogilag védett érdekek elleni támadás.”²⁰

Liszt szerint „Materiálisan jogellenes a cselekmény, mint társadalomra káros (antiszociális vagy aszociális) magatartás (...’die Handlung als gesellschaftsschädliches ... Verhalten’). A jogellenes cselekmény az egyes vagy az összes jogi normák által védett életérdekek elleni támadás, tehát a jogtárgy sértése vagy veszélyeztetése.”²¹ „A jogi tárgy

¹² Nagy F.: 2008. I.m. 131. p.; Nagy Ferenc: Tanulmányok a Btk. Általános Részének kodifikációjához. HVG-Orac, Budapest, 2005. 125-126. p.

¹³ Vö: Nagy Ferenc – Tokaji Géza: A magyar büntetőjog általános része. Korona Kiadó, Budapest, 1998. 139-140. p.

¹⁴ Finkey Ferencz: A magyar büntetőjog tankönyve. 4. átdolgozott kiadás. Grill, Budapest, 1914. 197-205. p.; Irk Albert: A magyar anyagi büntetőjog. Pécs, 1928.

¹⁵ Schultheisz Emil: A bűncselekmény tana. Debreceni Tudományegyetemi Nyomda, Debrecen, 1948. 28-35. p.

¹⁶ Heller Erik: A magyar büntetőjog általános tanai. Szent István Társulat, Szeged, 1937. 79. p.

¹⁷ Vö: Nagy F.: I.m. 2008. 131. p.

¹⁸ Vámbéry Ruzstem: Büntetőjog I. Grill, Budapest, 1913. 223-224. p.

¹⁹ „A jogellenes cselekmény (...) tartalmilag (materialiter) ... valamely jogtárgynak a közösségre káros megsértése vagy veszélyeztetése.” Schultheisz E.: I.m. 28. p.

²⁰ v. Liszt, Franz: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 12/13. Aufl. Guttentag, Berlin, 1903. 140-141. p.

²¹ v. Liszt, Franz: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 34. Aufl. W. de Gruyter, Berlin u. Leipzig, 1921. 139-140. p.

sértése vagy veszélyeztetése csak akkor materiálisan jogellenes, ha az az együttélést szabályozó jogrend céljainak ellentmond...”²²

Liszt a materiális jogellenesség fogalmát „metajoginak” („metajuristisch”) nevezte. Szerinte a formális és a materiális jogellenesség fedheti egymást és így egybeeshet, de szét is válhatnak.²³ Ha ez fennáll, úgy a bíró a törvény által kötve van; a hatályos jog korrektúrája/kiigazítása feladatának határain kívül áll. Liszt számára tehát a formális jogellenesség pozitív-jogi kategória, a materiális pedig kriminálpolitikai elv. Liszt továbbá kizárta a bíró általi törvényi korrekciót, ugyanakkor a materiális jogellenesség elve a hatályos jog keretein belül az értelmezés számára gyümölcsözővé tehető.

8. A materiális jogellenesség Jescheck értelmezésében

A jogellenesség nem merül ki a cselekmény és a norma viszonyában, hanem tartalmi jelentéssel/jelentőséggel is rendelkezik, ez a *materiális jogellenesség*. Materiális értelemben jogellenes a cselekmény az érintett normát védő jogi tárgy csorbítására tekintettel. A jogellenesség materiális szemlélete tehát azon okokból indul ki, amelyek miatt a törvényhozó egy meghatározott magatartást büntetni rendel; és vizsgálja azt, hogy a konkrét cselekmény a törvényhozó ezen mérlegelése által átfogott-e. E tekintetben a „sértés/megsértés” kifejezést nem naturalisztikus módon kell érteni, mint meghatározott elkövetési tárgy károsítását/sértését (pl. mint a más ember megölését vagy idegen dolog károsítását/megrongálását), hanem mint az eszmei érték ellenére történő cselekvést, amit a büntetőjogi norma révén védeni kell (jogtárgysértés). A jogtárgysértésben rejlik a közösség/társadalom kára/vesztesége, amely igazolja, hogy a bűncselekményt „társadalomra káros magatartásként” kell jelölni.

A jogellenesség materiális felfogása számottevő praktikus jelentőséggel bír.

a) A materiális jogellenesség egyrészt a törvényhozó orientációs pontja a büntető tényállások felállításánál és a bűnüldöző szervek vezérgondolata, ha a konkrét esetre figyelembe veendő büntető előírást keresik. A materiális jogellenesség szempontja megengedi továbbá, hogy a jogtalanságot a súlya szerinti fokozatokba osszák és az alapkülönbségeket a büntetés kiszabása során kifejezésre juttassák. A materiális szemléletmód lehetővé teszi a tényállásoknak az alapjául nyugvó célok és értékelképzelések szerinti értelmezését.

b) A jogellenesség materiális szemléletének fontos konzekvenciája továbbá az a lehetőség, hogy a jogigazolást akkor is el kell fogadni, ha a törvény alkalmazható, szabályozott jogellenességet kizáró okot nem tartalmaz.

E tekintetben persze figyelembe kell venni, hogy a jogigazolás, amelyet csupán materiális mérlegeléssel alapoznak meg, a jogbiztonságot veszélyeztetheti. A tiszta generális klauzulák az egyes eset közvetlen megoldására sohasem alkalmazhatók, hanem az indokok/okok megjelölése révén konkretizálást igényelnek, amelyek a tényállásszerű cselekményt kivételesen igazoltként engednek megjelenni.²⁴

9. A materiális jogellenesség jelentőségéről Roxin szerint

Roxin szerint a materiális jogellenesség praktikus jelentősége hármas jellegű/természetű. A materiális jogellenesség megengedi a jogtalansági fokozatokra osztást és dogmatikailag ennek a gyümölcsözővé tételét. A materiális jogellenesség továbbá interpretációs segédeszközt szolgáltat a tényállástani és más dogmatikai problémák

²² U.o.

²³ Ez utóbbi esetre vonatkoztatva a törvényhozás is tévedhet, s megengedhet olyat, ami anyagilag jogtalan és tilthat olyat, ami anyagilag jogszerű. Vö: *Finkey* Ferencz: A jogtalanság mint a büntetendő cselekmény ismérve. MTA, Budapest, 1909. 25. p.

²⁴ *Jescheck, H.-H. – Weigend, Th.: I.m. 234-235. p.*

megoldásához. Valamint a materiális jogellenesség lehetővé teszi a jogtalanságot/jogellenességet kizáró okok alapján nyugvó elv megfogalmazását, illetve összefüggésének és hatósugarának a meghatározását.

A materiális jogellenesség segítségével a jogtalanságot a súlyossága szerint fokozatokba lehet osztani. A formális jogellenesség nem enged fokozást és minőségi (kvalitatív) különbségeket, a materiális viszont igen.

A materiális jogellenesség gondolata továbbá a tényállás értelmezésénél bizonyul hasznosnak mindenekelőtt ott, ahol a magatartás a büntető rendelkezés szövege alá szubszumálható.

Végül a materiális jogellenesség elve a jogellenességet kizáró okok alkalmazására és tartalmi meghatározására mérvadó/irányadó. Így fejlődött ki a német jogtudományban és a joggyakorlatban már évtizedekkel ezelőtt a nem szabályozott ún. törvény fölötti végszükség jogellenességet kizáró oka, amelyet 1975 óta a német Btk. 34. §-ában törvényileg rögzítettek.

A formális és a materiális jogellenesség közötti különbségtételt többen egészében elutasítják. Az egyik idevonatkozó érv szerint a jogellenességnek csak egy egységes fogalma van, egy magatartás vagy jogellenes vagy nem.

A materiális jogellenesség fogalma továbbá arra kell szolgáljon, hogy a jogellenesség tartalmi jelentőségét megragadja. Valójában a formális és a materiális jogellenesség megkülönböztetés nem jelent mást, mint a jogellenesség és a jogtalanság közötti különbségtételt. Főlegesen továbbá az előbbi megkülönböztetés a törvény fölötti, azaz a nem szabályozott jogellenességet kizáró okok esetében is, ezeket a jog egészéből kell venni/levezetni.²⁵

Roxin számára az az érv, hogy a jogsértés súlyának foka esetében nem materiális jogellenességről, hanem a jogellenesség és a (fokozható) jogtalanság különbségéről van szó, nem meggyőző. Hiszen a jogtalanság fogalma mint tényállásszerű jogellenes cselekmény éppúgy formális, mint a jogellenesség. Hogy a jogtalanság fokozható, ez csak akkor megállapítható, ha a materiális oldalát tekintetbe vesszük.²⁶

Korábban és ma is a materiális jogellenesség fogalmával szembeni kritika háttérében az az aggály húzódik meg, hogy a formális jogellenességet törvényen kívüli „materiális” mérce ellátásával, felruházásával önkényes jelentés és kiterjesztés alá lehet vonni.

Roxin összegzése: bár a materiális jogellenesség fogalma komoly kriminálpolitikai jelentőséggel bír, de ez tényállásértelmezés, jogtalansági fokozás és érdek/értékmérlegelés révén bontakozik ki a hatályos jog határain belül.

Szerinte az írott norma szövege a materiális jogellenesség elve révén relativizálható; a formális, alkotmánykonform jog határainak/korlátainak az átlépése viszont nem megengedett.²⁷

10. Jogellenesség az új Btk. általános részi tervezetében

Az új Btk. általános részi hivatalos tervezetének legutóbbi – 2008. szeptemberi – változata a bűncselekmény fogalmát a hatályos szabályozástól eltérően határozza meg az alábbiak szerint: „Bűncselekmény az a büntetni rendelt tevékenység vagy mulasztás, amely jogellenes, és amelyet szándékosan vagy – ha e törvény a gondatlan elkövetést is bünteti – gondatlanságból követnek el.”

A tervezet szerinti új bűncselekmény-fogalomban tehát nem szerepel a társadalomra veszélyesség. A cselekmény társadalomra veszélyessége a büntető törvényi tényállás

²⁵ Vö: Schönke, A. – Schörder, H. – Lenckner, Th. (Hrsg.): Strafgesetzbuch Kommentar. 25. Aufl. C.H. Beck, München, 1997. Vorb. §§13. Rn 50. 147. p., 27. Aufl. 2006. 171. p.; Jescheck, H.-H. – Weigend, Th.: I.m. 234-235. p.

²⁶ Roxin, C.: I.m. 2006. 604. p.

²⁷ Roxin, C.: I.m. 2006. 604-605. p.

megalkotásának az előkérdése. Nyilvánvaló, hogy a törvényhozó azért alkot büntető törvényi tényállást, és rendel büntetni valamely cselekményt, mert a kérdéses magatartást hátrányosnak, károsnak, veszélyesnek tekinti. Viszont a társadalomra veszélyesség helyébe a jogellenesség került. Ez ebben az összefüggésben a materiális jogellenességet jelenti.

Az új bűncselekmény-fogalom a törvényi büntetni rendeltség mellett tehát tartalmazza a jogellenességet, továbbá a bűnösségi elvet, vagyis azt, hogy bűncselekmény csak a szándékosan, vagy ha a törvény a gondatlan elkövetést is bünteti, gondatlanságból elkövetett cselekmény lehet.

11. A jogellenességet kizáró okok egyes elvi kérdéseiről

A) A jogellenességet kizáró okok tanának kiindulópontja az a kérdés, hogy a jogellenességet egyáltalán miért kell még vizsgálni, miután a cselekmény tényállásszerűsége megállapítható. A jogellenesség kizárásának a magyarázata abból adódik, hogy a jogrend nemcsak tilalmakból áll, hanem megengedő normákat is ismer, amelyek a tilalmakat meghatározott előfeltételek mellett megszüntetik. Ezek a megengedő tételek a tényállással szemben érvényesülnek. Ha a jogellenességet kizáró ok fennáll, a tényállásban tartalmazott tilalmi norma az egyes esetre vonatkozó jogi kötelezettségként nem hatályosul. A jogellenességet kizáró okok alatt tehát olyan írott vagy íratlan megengedő jogi tételek értendők, amelyek a tényállásszerű cselekmény jogellenességének ellentmondanak és ezzel a kifejtett vagy az elmulasztott cselekmény jogszerűségét, azaz a jogrendnek való megfelelést megalapozzák és indokolják.

A törvényileg szabályozott vagy az általános elvek következményeként elismert jogellenességet kizáró ok(ok) hatályosulása következtében az ilyen cselekmény esetében éppúgy nem valósul meg bűncselekmény, miként azon cselekményeknél sem, amelyeknél valamely tényállási ismérv eleve hiányzik. A jogellenességet kizáró okok fennforgása esetén tehát a cselekmény *anyagi jogi szempontból nem bűncselekmény*.

B) Hazai irodalmunkban vitatott kérdés volt, hogy egy meghatározott kizáró ok (például jogos védelem vagy végszükség, stb.) érvényesülése a cselekmény jogellenességét vagy társadalomra veszélyességét, avagy mindkettőt kizárja-e. Főszabályként megállapítható, hogy a jogellenességet kizáró okok rendszerint a társadalomra veszélyességet is kiküszöbölik. A jogos védelem, végszükség, stb. esetén a cselekmény társadalomra veszélyességét az küszöböli ki, hogy a jogtárgysértést, illetőleg a veszélyeztetést megfelelő társadalmi előny kellőképpen kompenzálja. Előfordul azonban az is, hogy a jogrend csupán megtűri a társadalomra veszélyes cselekményt, azaz a nem jogellenes magatartás társadalomra veszélyes marad, mint ahogy az engedélyezett teresség-megszakítás példája is mutatja.²⁸

C) Többséginek, mondhatni uralkodónak tekinthető német nézet szerint a jogrend a jogellenességnek csak egy egységes fogalmát ismeri. Különbözőek viszont az egyes jogterületeken a jogellenes cselekmény kilátásba helyezett jogkövetkezményei (például kártérítés a polgári jogban; közigazgatási határozat visszavonása a közigazgatási jogban; jóvátétel a nemzetközi jogban; büntetések és intézkedések a büntetőjogban). Ennek megfelelően a jogellenességet kizáró okokat is a jogrend egészéből kell levezetni. Ezzel pedig a külföldi, főként a német nyelvű jogirodalomban képviselt *jogrend egységének elve* érvényesül általában. Ez azt jelenti, hogy például a polgári jog vagy a közjog szerint fennálló jogellenességet kizáró ok közvetlenül a büntetőjogban is alkalmazható.

Ma még nem véglegesen és nem egyöntetűen megválaszolt kérdés hazai viszonylatban az, hogy egy cselekmény jogszerűségét vagy jogellenességét az egész jogrendre, tehát minden jogterületre egységesen kell-e, illetve lehet-e meghatározni, avagy az egyes joganyagok

²⁸ Nagy F.: 2005. I.m. 71-73. p.

sajátosságainak megfelelően differenciáltan kell-e, illetve lehet-e megítélni. Ezzel összefüggésben a büntetőjog számára – *Roxin* szerint – speciálisan kettős kérdés jelentkezik:

a) Polgári jogi vagy közjogi jellegű beavatkozási jogosultságok, engedélyek a büntetőjogban minden körülmény között kizárják-e a tényállásszerű magatartás jogellenességét?

b) Egy meghatározott magatartás polgári jogi vagy közjogi, avagy más jogági tilalmazottsága jelenti-e minden körülmény között, hogy ez a magatartás – ha egyúttal kimeríti a Btk. valamely tényállását – büntetőjogi jogtalanság is?²⁹

ad a) Az első kérdésre *Roxin* igenlő választ ad, különben értékellentmondás keletkezne és a büntetőjog szubszidiárius jellegének is ellentmondana, ha valamilyen jogterületen megengedett magatartás a büntetőjogban büntethető lenne. A jogrend egységének elve szerinte is elismerendő, miként az a tétel is, hogy a büntetőjogban releváns jogellenességet kizáró okok a jogrend egészéből származnak.

ad b) A második kérdésre ellenben már nemleges *Roxin* válasza. Egy büntetőjogon kívüli másik jogterület köréből származó tilalmazottság esetén elsődlegesen ezen jogterület specifikus jogkövetkezményeit kell alkalmazni, és a büntetőjog lényegesen szigorúbb szankcióit pedig nem feltétlenül.³⁰

D) A büntető-jogellenesség megállapításának ismeretesen három pozitív (tényállásszerűség, formális és materiális jogellenesség) és egy negatív feltétele/ismérve (a jogellenességet kizáró ok hiánya) van.

A pozitív feltételek/ismérvek tekintetében a büntetőjogi terület specifikus differenciálását és annak szükségességét komolyan nemigen lehet vitatni. Nem általánosan elismert viszont a differenciálás a specifikus büntető-jogellenesség és a büntetőjogon kívüli „általános” jogellenesség között a jogellenességet kizáró okok területén. Az egyik irányú vélemény szerint a jogellenességet kizáró ok a jogellenességet mindig csak átfogóan, nem jogterület-specifikusan zárja ki. Ennek megfelelően a jogellenesség kizárása a büntetőjogban a jogrend más ágaiban a jogellenesség kizárásával párhuzamosan történik. Nem gondolható e szerint, hogy egy jogellenességet kizáró ok csak a büntető-jogellenességet küszöböli ki, de a más jogterület jogellenességét érintetlenül hagyja. A jogrend egységének posztulátuma is megköveteli azt, hogy a jogellenesség kizárását a jog valamennyi területén egységesen ítélik meg.

Ezzel szemben a specifikus, büntetőjogra korlátozódó jogellenességet kizáró okok „felfedezése” és érvényesítése támogatandó.³¹ A bűncselekményi/büntethetőségi előfeltételeket/ismérveket a büntetőjogi szankciókra tekintettel alakították ki, amelyek a jogalanyokat minőségileg és mennyiségileg is másként – erőteljesebben és élesebben – érintik, mint a büntetőjogon kívüli jogkövetkezmények. A büntetőjogi szankció/jogkövetkezmény és az előfeltételei között egyensúlynak kell fennállnia, amelynek alapján a büntetőjognak az alkotmányos felülvizsgálat próbáját ki kell állnia. A büntetőjogi büntetés mint jogkövetkezmény tehát más mércének alávetett, mint pl. egy polgári jogi kártérítésre ítélt jogkövetkezménye. Már ebből az okból az eltérő jogellenesség fogalmak elismerése a jogrend egységét nem szükségképp kérdőjelezi meg, a kérdőjel azonban nem könnyen távolítható el. A büntetőjogi jogkövetkezményi előfeltételeknek büntetőjog-specifikus tartalommal kell rendelkezniük, amely a büntetőjogi szankció különleges szigorát legitimálja és alkotmányosan (össze)egyezteti. Ez érvényes minden bűncselekményi/büntethetőségi előfeltételre/ismérvre, tehát a tényállásszerűsége, a jogellenessége, a bűnössége stb. A negatív jogellenességi

²⁹ *Roxin, C.*: I.m. 2006. 613-615. p.

³⁰ U.o.

³¹ Vö: *Baumann, J. – Weber, U. – Mitsch, W.*: I.m. 319-321. p.

ismérv/feltétel sem vehető ki ebből.³² Elvileg tehát a büntetőjogban a jogellenességet kizáró okok két osztálya között tehető különbség.

- A büntetőjogilag nem specifikus jogellenességet kizáró okok, amelyek nem csak a büntető-jogellenességet, hanem más jogterületeken is kizárják a jogellenességet.

- A büntetőjog-specifikus kizáró okok, amelyek a büntető-jogellenességet küszöbölik ki, de nem feltétlenül a büntetőjogon kívüli jogellenességet is.

A speciális büntető-jogellenességet kizáró okok lehetőségét Roxin szerint is el kell ismerni. Az ilyen esetek azonban szerinte jobbra kivételek, mert a legtöbb kizáró ok más jogterületről származik és ezek a büntetőjogban is érvényesek/érvényesülnek. Ezzel szemben a büntetőjogból származónak tekintett kizáró okok viszonylag ritkák és rendszerint más jogterületekből kerültek átvételre (mint pl. jogos védelem, végszükség).³³

E tekintetben még több kérdés vár tisztázásra és pontosításra.³⁴

E) A jogellenességet kizáró okok általánosan elfogadott rendszerezése eddig nem sikerült, de ez nem is lehet véletlen, hiszen azok a szempontok – amelyek oda vezethetnek, hogy a büntető jogellenesség a tényállás kimerítése ellenére kizárt – sokrétűek, nem lezártak, a jogrend más területeiről is származhatnak.

Vitatott, hogy a jogellenességet kizáró okok milyen általános elvre vezethetők vissza, illetve, hogy ilyen princípium egyáltalán létezik-e. Az ún. *monista felfogás* szerint a jogellenességet kizáró okok egy egységes alapelvre vezethetők vissza. Ilyen nézet kialakítása csak úgy lehetséges, hogy a kizáró okokat egészen absztrakt és formális elvre építik fel. A monista teóriákkal történő magyarázat manapság távolról sem tekinthető tipikusnak, gyakorinak, mert a kizáró okok különbözőségeit igazából nem tudja figyelembe venni. Ezzel szemben a *pluralista teóriák* több általános elvet vesznek alapul és a kizáró okok közötti differenciálást jobban szolgálják. A jelenleg uralkodó pluralista nézet két vezérgondolaton alapul. Az egyik a jogi tárgyak (értékek, illetve érdekek) mérlegelésének a gondolata, amely a bűncselekményt a jogi tárgyak (értékek, érdekek) sértéseként fogja fel. A másik a célgondolat, amely a bűncselekményt kötelelességellenes akarat képződéseként fogja fel. Lényegében három alapszituáció (ratio) van, amelyekre a jogellenességet kizáró okok – legalábbis több ország büntetőjogi szakirodalmában uralkodó vélemény szerint – visszavezethetők.

Egyrészt a megsértett jogi tárgy védelmének érdeke összeütközésbe kerülhet más fontosabb érdekekkel és ennek folytán ez a fontosabb érdek kiszorítja a gyengébbet (például jogos védelem, jogellenességet kizáró végszükség, hivatali, hatósági jogok gyakorlása, illetve kötelezettségek teljesítése, stb.). Másrészt nincs szükség a jogi tárgy büntetőjogi védelmére meghatározott támadással szemben, ha a jogtárgy tulajdonosa a sértéssel szemben a konkrét esetben nem kíván védelmet (például sértett beleegyezése). Harmadrészt a szembekerülő érdekek – meghatározott szűk körben – azonos értékűek is lehetnek, mint például a jogellenességet kizáró kötelelességösszeütközés. E szerint a jogellenességet kizáró okok vagy a túlnyomó, vagy a hiányzó, vagy az azonos értékű érdekek elvén nyugodhatnak.³⁵ Az említett elvek az egyes kizáró okoknál eltérő súllyal és kombinációban fordulhatnak elő. Két érintett jogi tárgy az értékére, súlyára tekintettel kerülhet kollízióba. Ha ezen jogi tárgyak különböző személyekhez kapcsolódnak, úgy érdekkollízió áll fenn az érintettek között. Az érdekkonfliktus esetén nem csupán az összeütköző javak absztrakt értéke, hanem ezen túl még számos további konkrét faktor is meghatározó lehet.³⁶

³² U.o.

³³ Roxin, C.: I.m. 613-615. p. Persze ez igen viszonylagos, továbbá megközelítés kérdése, hiszen sok évszázadon keresztül nem elkülönült, nem önálló jogterületek léteztek, amelyek köréből az átkerülés az egyikből a másikba történt és fordítva.

³⁴ Vö: Baumann, J. – Weber, U. – Mitsch, W.: I.m. 322. p.

³⁵ Vö: Mezger, Edmund: Strafrecht. Ein Lehrbuch. Duncker&Humblot, München und Leipzig, 1931. 204-207. p.

³⁶ Nagy F.: 2005. I.m. 67-90. p.

12. Az engedély mint jogellenességet kizáró ok

A jogbiztonság követelménye azt kívánja, hogy a büntető törvény a büntetőjogi felelősség feltételeit egyértelműen meghatározza. A megengedett cselekményre vonatkozó rendelkezés kodifikálásával a jogbiztonság igényének, mindenekelőtt a nullum crimen sine lege elvének és általában az anyagi jogi legalitás követelményének tesz eleget a tervezet, amikor az engedélyt új büntetendőséget kizáró okként határozza meg.³⁷

A Btk.-ban nem szabályozott jogellenességet kizáró okok rendszerét a jogalkalmazói gyakorlat alakította ki. A gyakorlat eredményeit a tudomány szintetizálta. A tervezet szerint nem indokolt változtatni a bírói gyakorlat által kimunkált és követett akadályok terjedelmén, hatókörén. A tervezet ugyanakkor kifejezetten arra törekszik, hogy lehetőleg az összes ilyen bűnösségi akadályt megjelenítse a büntető törvényen. Ahol nem lehetséges a bírói gyakorlat által kidolgozott akadályok pontos és teljes körű megfogalmazása, ott a tervezet megteremti a jogalapját annak, hogy ezeket a bírói gyakorlat alakítsa ki. A tervezet egy szakaszban fogalmazza meg e rendelkezést röviden „Engedély” alcím alatt, az alábbiak szerint: „Nem büntetendő az a cselekmény amelyet jogszabály előír vagy megenged.”³⁸

Összegzés³⁹

- A polgári, közigazgatási jogtól függetlenül fennálló specifikus büntetőjogi jogtalanság létezése körüli vita igen régi. Így például Hegel a differenciálás szükségességét képviselte, mivel szerinte a büntetőjogi jogtalanság tudatos, a nem büntetőjogi jogtalanság nem tudatos ellenszegülés a közösségi akarattal szemben. Hälschner, illetve Binding a jogkövetkezmények kérdéséből indult ki, a jogkövetkezmények különbözősége a jogtalanság egységességének lehetetlenségére utalt. Ezzel szemben mindenekelőtt Merkel óta a jogtalanság/jogellenesség egységességének felfogása a németeknél többnyire uralkodónak tekinthető nézet, nagyon változó megindokolással.⁴⁰

- Hazai megközelítés tekintetében megítélésem szerint a jogellenességen mint átfogó kategórián belüli „halmaz” a büntető-jogellenesség. Vagyis amit a büntetőjogon kívüli más jogterület jogszerűként megenged, azt a büntetőjog nem tilthatja. Különböző értékellentmondás keletkezne, és az arányossági elvnek, a büntetőjog szubszidiárius jellegének is ellentmondana, ha valamilyen más jogterületen megengedett magatartás a büntetőjogban büntetendő lenne.

- Amit viszont a büntetőjog jogellenesként tilt, az a jogrend egésze számára jogellenes.

- Amit más, büntetőjogon kívüli jogterületek tiltanak, az nem feltétlenül büntető-jogellenes. A büntetőjogon kívüli jogterület köréből származó tilalmazottság esetén elsődlegesen ezen jogterület specifikus jogkövetkezményeit kell alkalmazni, a büntetőjog lényegesen szigorúbb szankcióit pedig nem vagy nem feltétlenül.

- A jogtalanság/jogellenesség eredete egységes. A jogrend nem az eredetileg önálló karakterű egyes részekből nőtt össze, hanem fordítva, a fejlődés folyamán differenciálódási folyamat ment végbe. Ez a folyamat azonban elsősorban a munkamegosztást, illetve az egyes jogintézmények finomítását szolgálta/szolgálja, de – megítélésem szerint – az önállóvá válásukat is bizonyos mértékben.⁴¹

³⁷ Az új Btk. általános része tervezetének hivatalos indoklása a 24. §-hoz.

³⁸ U.o. Ez alapján ítéhető meg például a terhesség-megszakítás, amely valójában jogi tárgyat sértő beavatkozás, de amennyiben engedély alapján történik, akkor „megengedett”.

³⁹ Vö: Nagy Ferenc: A jogtalanság (jogellenesség) és a bűnösség elválasztásáról. Jogtudományi Közlöny, 2008/6. 298-299. p.

⁴⁰ Maurach, R. – Zipf, H.: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 7. Aufl. C. F. Müller, Heidelberg, 1987. Teilband 1. 28. p.

⁴¹ Vö.: Maurach, R. – Zipf, H.: I.m. 28. p.

Nem csupán az eredetet tekintve mutatható ki egységesség, hanem bizonyos fokig formálisan is, bár csupán *részben* egységes több jogterület jogellenessége, nevezetesen közös a jogi normába ütközés, azaz az előírt parancsok, tilalmak megszegése, és ennek jogkövetkezmennyel, szankcióval fenyegetése.

Helyes megközelítés az, hogy a norma és a jogkövetkezmény/szankció mint minden jogterület számára tipikus egység tekintendő, mivel a két említett rész között kölcsönös korrelációs viszony áll fenn.⁴² De formailag is van eltérés annyiban, hogy a büntető jogellenesség büntetőjogi szankcióval fenyegetést feltételez. A szankcióval fenyegetés súlya, jellege, minősége tekintetében tehát mégis eltérés mutatható ki.⁴³

Tartalmilag, materiálisan, a jogtárgy-sértés, illetve –veszélyeztetés tekintetében azonban már eltérések, különbözőségek fedezhetők fel. Vagyis a büntetőjog itt egy lépéssel tovább halad, ugyanis nem minden jogtalanságot akar értékelni/pönalizálni, hanem csak annak különleges szektorát: a jogellenes magatartás súlyosabb, az egyén és a közösség számára elviselhetetlen formáit, amelyek tehát materiálisan – az alkotmány elvei és szabályanyaga közvetítésével – büntetésre szorulnak.

Vagyis a jogellenesség a büntetőjogban büntető-specifikus jogi kategória, és így a „büntető-jogellenesség” fogalmi szóhasználat az indokolt. A büntető-jogellenesség kiindulópontja, alapvető meghatározója a büntetőjogi tényállás(szerűség). „A büntetőjogi jogtalanság, mivel büntetőjogi tényállást feltételez, mindig specifikus büntetőjogi matéria.”⁴⁴

A specifikus büntető-jogellenességet kizáró okok lehetősége és érvényesítése elismerendő és támogató, azonban ez még további kimunkálást igényel.

A tényállásszerű jogellenesség/jogtalanság elvi alapjának az állami büntetőjogi normák által védett jogi tárgy(ak) sérelme, csorbítása tekinthető, legalábbis uralkodónak tekinthető nézetként a német, illetve a hazai büntetőjogban.⁴⁵

⁴² Jescheck, H.-H. – Weigend, Th.: I.m. 233. p.

⁴³ Vö.: Nagy F.: 2004. I.m. 191. p.; 2008. I.m. 130. p.

⁴⁴ Roxin, C.: I.m. 601. p.

⁴⁵ Hazai régebbi irodalmunkból kiemelendő ezzel kapcsolatban Finkey Ferenc nézete: „A jogtalan cselekmény a genus, melynek egy faja a büntetendő cselekmény.” „Jogtalan cselekmény a tételes jog minden ágában szükségképpen előfordul.” „Így ... különbség teendő: 1. magánjogi, 2. közjogi, 3. nemzetközi jogtalanság (illetőleg jogtalan cselekmény) közt. A közjogi jogtalanság ismét: a) büntetőjogi, b) közigazgatási jogtalanság...” „Belső rokonságban van” a jogtalan cselekmény úgy a magánjogi vétséggel, mint a közjogi közigazgatási jogtalanság többi fajaival, „de azoktól jelentékenyen különbözik is. Alakilag a büntetőbírói úton való büntettség, tartalmilag az érdek-, illetőleg jogtárgysértés vagy veszélyeztetés magasabb foka különbözteti meg a jogtalan cselekmény többi alakjaitól.” Finkey Ferenc: A magyar büntetőjog tankönyve. 3. kiadás, Grill, 1909. 193-194., 4. kiadás, Grill, Budapest, 1914. 203-204.

II. Gondolatok és kérdések a jogi tárggyal kapcsolatban

Bevezetés

Amennyiben a jogi tárgyra vonatkozó, ezzel a kérdéskörre átfogóan foglalkozó hazai művek, tanulmányok után érdeklődünk, kissé meglepetésszerű lesz az „eredmény”. Vagyis egyrészt a jogi tárgyat feldolgozó átfogó monográfia hiányát lehet konstatálni, másrészt e témakörrel foglalkozó írásokkal elvétve találkozhatunk a magyar büntetőjogi szakirodalomban. Ezen írások sorából ki kell emelni *Wiener A. Imre* több, mint 35 éve megjelent művét, amely, bár a címe alapján más témát dolgoz fel, de két fejezete is behatóan tárgyalja a jogi tárgy problematikáját.⁴⁶ A másik fontos munka, amely még korábbi időszakról származik, *Schultheisz Emil* tanulmánya,⁴⁷ amelynek dogmatörténeti áttekintésére/bemutatására Wiener A. Imre is jórészt támaszkodott.

A legutóbbi időszakból *Filó Mihály* egyik írása, és Ph.D dolgozatának jónéhány oldala említhető.⁴⁸ *Szomora Zsolt* Ph.D értekezése pedig hazánkban újszerű megközelítést követ, azaz a teleológikus, más elnevezéssel jogtárgy-harmonikus értelmezést érvényesíti egy különös részi bűncselekménycsoport tekintetében.⁴⁹

Természetesen a hazai büntetőjog általános részi tankönyvek is érintik a jogi tárgy kérdéskörét, de legtöbbször csupán egy-két bekezdés erejéig. A jogi tárgy problémakörét a jelenleg is folyó büntetőjogi kodifikáció folyamán eddigiekben különösebb érdeklődés nem kísérte. Ugyanakkor a leendő különös részben szabályozandó bűncselekményi tényállások összhangban kell legyenek a jogalkotó által deklarált jogi tárgyakkal.

Jelen tanulmány írója a jogi tárgy néhány problematikusságát, vitatott olyan kérdését kívánja felvillantani, vázolni, amelyek közül több összefüggésben áll a jogalkalmazással és az anyagi büntetőjog kodifikációs munkálataival is.

Dogmatörténeti vázlat a jogi tárggyal kapcsolatban

A jogi tárgy fogalmával kapcsolatos dogmatörténet csak a XIX. század kezdetén, illetve első felében vette kezdetét. A társadalmi szerződés tanának hatása alatt a felvilágosodás büntetőjogi felfogása a bűncselekményt szubjektív jogok sértéseként értette. *Feuerbach* is minden büntetőjogi előírásnál az egyes vagy az állam szubjektív jogát látta védelmi tárgynak. *Birnbaum* ellenben a jogi tárgyban nem jogot látott, hanem az államhatalom által biztosított materiális javat (Gut), amely az egyes személyt vagy a közösséget megilletette és amit természetes értelemben sérthetőnek gondolt. A fogalom egyik első finomítója *Binding*, aki a jogi tárgyat mint a törvényhozó által értékelt állapotot fogta fel: minden, ami a törvényhozó szemében a jogközösség egészséges életének feltételeként értékkel bír. *Liszt* is a jogtárgy-fogalom súlypontját a szubjektív jogról a „jogilag védett érdek” helyezte, de ebben a bűncselekmény felépítés központi fogalmát látta. A büntetőjogi dogmatikának a XX. század húszas éveiben végbement nagy átalakítási folyamata oda vezetett, hogy a jogi tárgyat már nem a normában nyugvó konkrét érdek értelmében értette, inkább a jogi tárgy az értelmezés pusztán segédeszköze lett, a célgondolat levonata. A jogtárgy-fogalom állítólagos „materialista” alapjának a célon túlnyúló kritikája a bűncselekmény alapfelfogásában hangsúlyeltolódást

⁴⁶ Wiener A. Imre: A hivatali büntettek. KJK, Budapest, 1972. 33-76. p.

⁴⁷ Schultheisz Emil: A jogtárgy (büntetőjogi tanulmány). Jog, 1938. V. évf. 3-4. és 5-6. számai.

⁴⁸ Filó Mihály: A jogi tárgy fogalmáról. In: Ligeti Katalin (szerk.): Wiener A. Imre Ünnepi Kötet. KJK-KERSZÖV, Budapest, 2005. 57-62. p.; A Ph.D dolgozatának címe: Az eutanázia a büntetőjogi gondolkodásban. Kézirat. Budapest, 2007.

⁴⁹ Szomora Zsolt: A nemi bűncselekmények egyes dogmatikai alapkérdéseiről. Kézirat. Szeged, 2008. 274. p.

hozott a jogtárgyról a kötelességsértésre. Ma a jogtárgy fogalmát és funkcióját mindenekelőtt a büntető előírások kriminálpolitikai jogosultságának szempontjából vitatják. A vita azon elvi kérdés körül zajlik, hogy miként válik/válhat egy meghatározott, az egyes egyén vagy a közösség számára fontos érték büntetőjogilag védett jogi tárggyá, és milyen kritériumok határozzák meg ezt a folyamatot.⁵⁰

A jogi tárgy fogalmáról

A jogi tárgy fogalmának tisztázásához kiindulópontot jelent a büntetőjog feladatának a meghatározása. Ennek részletezésétől eltekintve, uralkodó vélemény szerint a büntetőjog feladata abban áll, hogy az állam a polgárainak a szabad és békés együttélést valamennyi alkotmányjogilag biztosított alapjog garantálásával biztosítsa. Ez a feladat összefoglalóan jogtárgy-védelemként jelölhető meg.

A jogi tárgy fogalmára vonatkozó megközelítések a német szakirodalomban az áttekinthetlenség határát súrolják. Szinte ahány szerző, csaknem annyi fogalomkísérlet figyelhető meg. Ebben a fogalmi „dzsungelben” jó áttekintő eligazítást nyújt *Stratenwerth* tanulmánya, kritikai értékelése.⁵¹ E szerint a csoportosítható felfogások az alábbiak.

1. A jogi tárgy fogalma kapcsán *v. Liszt* ebben az összefüggésben már az *érdeket* (Interesse) hangsúlyozta. *Liszt* szerint „A jogilag védett érdekeket jogi tárgyaknak nevezzük”.⁵² Ezáltal az értékhangsúlyt is kifejezésre juttatta. Szoros a kapcsolat az életérdekekkel is.

Hellmuth Mayer szerint a jogi tárgy az egészséges társadalmi élet feltételeként nem az aktuális érdek. Az érdeket ugyanis az empirikusan felülvizsgálható pszichés adottságkénti gondolás helyett általánosított „objektív” érdeknek gondolja, amely a büntető normában manifesztálódik.⁵³ Az érdek megjelenik a jogi tárgy meghatározását illetően a hazai szerzőknél is.

Az érdekekkel kapcsolatos alapvető kifogás a sok/többértelműsége, hiszen valamilyen érdeknek minden büntető rendelkezés mögött állni kell. Az érdekek valamire irányulnak, csak az az értékességének válaszreakciója. A jogi tárgy így az érdek tárgya és nem önmagában az.

2. Vannak olyan definíciók, amelyek a jogtárgyról mint *objektumokról, állapotokról* vagy *adottságokról* szólnak. A jogi tárgy és az elkövetési tárgy megkülönböztetésével általánosan elismert, hogy a jogi tárgy nem kézzelfogható, érzékileg észrevehető. Különbözően már az olyan jogi tárgy a személyiségvédelem területén, mint az akaratképződés szabadsága vagy házasság szabadsága definíciószerűen nem megragadható. Ez a belátás az absztrakció első lépését követeli, a konkrét tárgytól való elválasztást. Kérdés, milyen távoli lehet az absztrakció, anélkül, hogy a fogalom minden körvonalát elveszítené.

Objektumhoz, tárgyhoz így – állam, köznyugalom... az egész jogrend tartozhat, a védelemre méltó szociális (társadalmi) állapotok mint pszichofizikai és szellemi tárgyak, mint reális állapotok és életfeltételek. Ebben a verzióban a jogi tárgy fogalma a dogma szerint neki gondolt funkciót csak annak árán teljesítheti, hogy nem jelent szinte semmit, illetve túlzottan általános.

⁵⁰ *Jescheck, H.-H. – Weigend, Th.: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Duncker&Humblot, Berlin, 1996. 257. p.; Maurach, R. – Zipf, H.: Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1. Ein Lehrbuch. 8. Aufl. C. F. Müller, Heidelberg, 1992. 266-269. p.*

⁵¹ *Stratenwerth, Günter: Zum Begriff des „Rechtsgutes”. In: Eser, A... (Hrsg.): Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. C. H. Beck, München, 1998. 377-391. p.*

⁵² *Liszt, von Franz: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 12-13. Aufl. J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1903. 65-66. p.*

⁵³ *Mayert idézi Stratenwerth, G.: I.m. 378-379. p.*

Welzel: „Jogi tárgy minden kívánatos társadalmi állapot, amit a jog a sértésektől biztosítani akar.”⁵⁴

Roxin szerint jogi tárgyak alatt mindazon adottságok vagy céltételezések értendők, amelyek az egyes személy szabad kibontakozásához, az alapjogai megvalósulásához (valóra válásához) és ezen célelképzelésre felépülő állami rendszer működéséhez/funkcionálásához szükségesek.⁵⁵

Az „adottságok és céltételezések” kifejezésre juttatja, hogy a jogtárgy-fogalom a jog által már „talált” állapotokat éppúgy magában foglalja, mint a jog által alkotott normakövetési kötelezettségeket (pl. állami adókövetelést).

3. A jogi tárgynak mint védelmi értékű állapotnak a körülírása ellen további kifogás emelhető, az nevezetesen, hogy a társadalomban a polgárok együttélésének feltételei nem statikusak, inkább a szükséges társadalmi funkciókról és hatásmechanizmusokról van szó. Ebből következik az a javaslat és felfogás, amely a jogi tárgyat *funkcióegységként* definiálja.⁵⁶

Kérdés azonban, hogy ezen funkciók „egységét” miként kell gondolni. Nem világos, hogy ez a funkcióegység a fogalomképzés mely területére vonatkozik, az állami igazságszolgáltatás/jogalkalmazás egészére vagy egy ágára, avagy az egyes eljárásokra is.

4. Léteznek olyan megfogalmazások, amelyek nem a szubsztrátumokra van tekintettel, hanem egyedül a jogi tárgy normatív momentumára. Ezek a jogi tárgyat *értékként*, vagy az értékhez fűződő *kapcsolatként*, avagy a jogi magatartási normák foglalataként definiálják.⁵⁷

5. A legújabb német szakirodalomban a jogi tárgy nem egy tárgy/dolog, nem egy értékítélet, hanem az embereknek az érdekekhez fűződő értékelt kapcsolata, amely a jogi tárgy fogalmának alapjául fekvő szubsztrátum. Ezzel kapcsolatban megállapítható, hogy a jogi tárgy, amit kapcsolatként fogunk fel, épp nem javakban vagy tárgyokban merül ki. A javat személyhez kell rendelni, rá kell vonatkoznia. A jogi tárgynak személyhez rendelése normatív elemet tartalmaz. Ebben a tekintetben a személy és a java közötti kapcsolat deliktualis beavatkozással nem sérthető: a lopás a tulajdoni viszonyokat nem érinti. Azonban minden személyhez rendelés tényleges vetülettel is rendelkezik: a személynek megnyílik a lehetőség a javat használni, a testi képességeket használni, a szabadsággal élni stb. Ebben a kapcsolatban van a jogi tárgy tulajdonképpeni szubsztrátuma, az az állapot, jelenség, vagyis a személyhez rendelt értékelt érdek tárgya, ami sérthető, és a sértés ellen, a csorbítás ellen védekezni lehet és kell.⁵⁸

Amennyiben jogi tárgy alatt a jogilag védett és a személyhez rendelt érdek tárgya értendő, akkor kérdés, hogy ez a jogi tárgyak egészére értendő és vonatkoztatandó, avagy a fenti nézet csupán az individuális jogi tárgyakra értelmezhető. E kérdés megválaszolása átvezet a következő témakörhöz.

A monista és a dualista tan

A jogi tárgyak a hordozóik és a rendelkezési jogosítványaik alapján individuális vagy univerzális (közösségi) jogtárgyakra különülnek el, s ez a megállapítás aligha vitatható. Vita van viszont akörül, hogy egy ilyen megkülönböztetés meddig terjed és egyenként miként lehet és kell megítélni. E kérdéskörrel kapcsolatos a monista és a dualista tan kialakulása. A dualista megközelítés szerint a megkülönböztetést illetően a jogtárgyaknak két típusa van: individuális és univerzális (kollektív). Ezzel összefüggésben megítélésünk szerint abból kell kiindulni, hogy

⁵⁴ Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht. 11. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin, 1969. 4. p.

⁵⁵ Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. 4. Aufl. C. H. Beck, München, 2006. 16. p.

⁵⁶ Rudolphi, Hans-Joachim...: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil. Luchterhand, Neuwied, Vor § 1. 26. Lieferung 6. Aufl. 1997. 3. s köv. p.

⁵⁷ Stratenwerth, G.: I.m. 382. p.

⁵⁸ Vö.: Stratenwerth, G.: I.m. 383-384. p.

a mai jog- és társadalmi rend komplexitása absztrahálásra alkalmas homogén jogtárgy-fogalom definiálását nemigen teszi lehetővé. E megközelítéstől különbözik az a felfogás, amely szerint a dualista tan elméletileg nem kielégítő, mert hiányzik a fogalmi zárókó a „két oszlop” fölött, de megszabadít a fáradtságtól és az erőfeszítéstől, az erőszakos és meghatározott ideológia akarásától egy közös főfogalom keresését illetően.⁵⁹

A monista tan képviselője számára ellenben két út adódik. Számára a jogtárgyakat az államtól fogva kell kifejleszteni, azokat a közösség vagy az állam jogi tárgyainak tartja és az individuális jogtárgyakat, mint például az élet vagy az egészség, büntetőjogilag kell megítélni, vagy az állami funkciókból levezetni. A másik út a jogi tárgyakat személyektől fogva érti és az univerzális jogi tárgyakat e szerint csak annyiban lehet legitimnek tartani, amennyiben az az egyén személyi kibontakozását szolgálja. Ezen monista perszonális tan a közösség érdekeit csak akkor tekinti jogosultnak, ha azok személyes érdeket szolgálnak, ha személyes érdekeket is közvetítenek. A monista perszonális jogtárgy-tan következményeként különösen problematikus a környezet- és természetvédelmi tényállások „antropocentrikus” megindokolása. Ugyancsak problémát jelent a jogi tárgy meghatározása azon bűncselekményeknél, ahol a védelem tárgya egyedül a társadalomban meggyökeresedett értékmeggyőződés. A büntetőjogi beavatkozás alapja itt nem a cselekmény által okozott társadalmi sérelem, hanem a társadalmi érték, illetve erkölcs meghatározott meggyőződésének a tisztelete, amit büntetőjogi szankcióval védenek.

E kérdéskört akként lehetne összegezni, hogy az univerzális és az individuális jogi tárgyak közötti dualista tan pragmatikusan mindenképpen elfogadható, elméletileg azonban változatlanul törekedni kell a jogi tárgy konzisztens, szilárd, ellentmondásmentes fogalmára, különben a büntetőjog feladata nem egységesen határozható meg, amennyiben a feladat a jogtárgy-védelem. Látni kell ugyanis, hogy a jogi tárgyak mindkét típusa különböző az eredetét és a következményeit illetően és az ezzel kapcsolatos döntés elöl a büntetőjog elmélete nem térhet ki, ha a büntetőjogot és a feladatát kriminálpolitikailag és filozófiailag meg akarja alapozni.⁶⁰

Hogy a jogtárgy-koncepció önmagában az alkotmányból tartalmi precizitást nyerhet, ez a német szakirodalomban is vitatott. Megítélésünk szerint a büntetőjogi tényállások legitimitásának megítélése nem egyedül a jogtárgy-tannak engedhető át. A bűncselekmény-típus struktúra tana (pl. sértő, konkrét/absztrakt veszélyeztető deliktumok) is önálló normatív jelentőséget kaphat. Továbbá a jogtárgy-koncepciónak a bűncselekmény-típus struktúra elméletével történő kiegészítési követelménye nem áll szemben, nincs ellentmondásban a jogtárgy-tannal.

A jogi tárgy jelentőségéről

Pozitivista, rendszerimmanens nézet szerint csak az tekintendő jogtárgynak, amit a törvényhozó védendő értékűnek tekint. A már létező tényállások úgy értelmezendők, hogy a törvényhozó célját kutatják és a ratio legis a jogtárgy maga. A társadalom számára jogilag releváns értékek tartalmát a törvényhozó végül maga rögzíti, ő van abban a helyzetben, hogy jogtárgyakat „találjon”. Az ilyen modell csupán szisztematikus jellegű formális aspektusokat tartalmaz és végül is az adott védelmi javak rendszerezését szolgálja.

Másrészt létezik a „rendszertranszcendens” (rendszerkritikai) modell. Ez társadalmi jelentősége alapján jogon kívüli támpontot rögzít. A jogtárgy meghatározása itt nem egyedül a büntetőjogtudomány kötelessége/dolga, hanem a társadalmilag releváns értékeket a

⁵⁹ Hassemer, W. – Neumann, U.: Vor § 1. Vorbemerkungen. In: Kindhäuser, U. – Neumann, U. – Paeffgen, H.-U. (Hrsg.): Strafrechtsgesetzbuch. Band 1. 2. Aufl. Nomos, Baden-Baden, 2005. 104-105. p.

⁶⁰ U.o.

társadalomtudományok is meghatározzák. A következmény, hogy a jogtárgy nem, illetve nem elsősorban a törvényhozó révén keletkezik, hanem akár védik, akár nem, függetlenül tőle létezik. A tényállásilag védett védelmi javak jogigazolására kérdez és keresi a bűncselekmény tartalmi ismérveit, amelyek minden törvényhozói döntés előtt fennállnak és amelyekhez a döntést mérni kell.

Az első esetben a jogtárgy funkciója rendszerimmanens, a másodikban „rendszertranszcendens”/rendszerkritikai. Az első esetben a jogtárgy-koncepció csak a mindenkori Btk., azaz a törvényi rendszer modellje, kiválogatott védelmi objektumokkal, anélkül, hogy ezt a kiválasztást kérdésessé lehetne tenni. A második esetben a védelmi tárgyak választása az anyagi büntetőjogban kritikai elemzéseknek alávetett.⁶¹

Ideális esetben ezen két funkció gyakorlatilag nem különül el, ténylegesen azonban a rendszerkritikai és a pozitivista modell között komoly feszültség húzódhat. A rendszerkritikai és a pozitivista jogtárgy-fogalom között elháríthatatlan feszült viszony ott áll fenn, ahol a szabályozott jog és az igazságosság nem összeegyeztethető. *Radbruch* ezzel kapcsolatos formulája⁶² szerint a pozitív jognak csak akkor kell meghátrálnia, ha a pozitív törvény és az igazságosság közötti ellentmondás olyan elviselhetetlen mértéket ért el, hogy a törvénynek mint igazságtalan jognak („unrichtiges Recht”) az igazságosság előtt meg kell hátrálnia. Lehetetlen pontos vonalat húzni a törvényes jogtalanság és a jogtalan tartalom ellenére még hatályos törvény(ek) közé; azonban egy másik – teljes élességű – határvonalat megvonhatunk. Ahol nincs törekvés az igazságosságra, ahol az igazságosság lényegét jelentő egyenlőséget a pozitív jog alkotása során tudatosan megtagadták, ott az ilyen törvény nem pusztán „igazságtalan jog”, hanem a jogi természete is hiányzik. Hiszen a jog s a pozitív jog sem definiálható másképp, mint rendként és szabályként, amely értelmének megfelelően az igazságosságot kell, hogy szolgálja.⁶³

Morális elképzelések és a vérfertőzés jogi tárgya

A német szövetségi alkotmánybíróság a vérfertőzés tilalmát rögzítő StGB 173. § alkotmányossági felülvizsgálatával foglalkozott. A német alkotmánybíróság alkotmányellenességet nem állapított meg a 2008. február 26-i döntésében. A rokonok közötti közönség büntető tényállását több okból nem találta alkotmányellenesnek. A német alkotmánybíróság szerint az alkotmányossági (felül)vizsgálat mércéi, hogy az állam az alapjogba történő beavatkozással a magánélet kialakításának lényegi szféráját ne sértse; hogy a beavatkozás formális tekintetben törvényi alappal rendelkezzen; és materiális tekintetben arányos legyen. Ellenben a büntetőjogi jogtárgy tanából alkotmányjogi kritériumok nem vezethetők le.⁶⁴

⁶¹ *Hassemer*, Winfried: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Europäische Verlagsanstalt. Frankfurt/M. 1980. 19-20. p.; *Gössel*, Karl Heinz: *Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal*. In: Herzberg, R. D.: *Festschrift für Dietrich Oehler*. Carl Heymanns, Köln..., 1985. 97-104. p.

⁶² *Radbruch*, Gustav: *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. 1946. *Radbruch* formuláját magyarul lásd: *Nagy Ferenc*: *A magyar büntetőjog általános része*. Korona Kiadó, Budapest, 2004. 58. p. A tankönyv legújabb kiadása: HVG-Orac, Budapest, 2008. 45. p.

⁶³ A német joggyakorlat ezt az elvet többször megerősítette és alkalmazta. Így például a szövetségi alkotmánybíróság kifejtette, hogy „a nemzeti szocialista rezsim hatályos rendelkezései jogkénti érvényességüket nélkülözik, ha az igazságosság fundamentális követelményeinek oly nyilvánvalóan ellentmondanak, hogy a bíró, aki azt jognak akarta tekinteni, jog helyett jogtalanságot mond.” In: *Sinn*, Arndt: *Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts*. Nomos, Baden-Baden, 2000. 54. p.

⁶⁴ Lásd: *Greco*, Luís: *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?* *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 5/2008. 234. p.

A német Btk. 173. §-a szerinti tényállásnak ezen felülvizsgálata a mércét megtartotta. Ez az előírás ugyanis – az alkotmánybíróság szerint – „kultúrtörténetileg hagyományozott/örökölt és nemzetközileg széles körben elterjedt tilalmi norma”. (Rn2)

Ez a tilalom nem csorbítja a magánélet kialakításának sérthetetlen lényegi szféráját, hiszen a rokonok közötti közösülés nem csak a közösülő testvéreket, rokonokat érinti, hanem következményei vannak a családra, a társadalomra mint egészre és a gyerekekre is (Rn. 40.). A büntető tényállás először is a házasság és a család védelmét célozza, mivel a vérfertőző viszonyok – egyebek mellett – a családi rend csorbításához vezetnek.

Másodrészt a tilalom a szexuális önrendelkezés védelmének célját követi, mert mindenekelőtt a család olyan függőségi viszonyokat testesít meg, amelyeknek a hatásai messze a 18. életéven túl is még érezhetőek. Harmadrészt a beteg utód elkerülésének eugenetikai szempontja is szerepet játszik. Negyedrészt az előírás a társadalomban rögzült jogellenességi, jogtalansági tudatot érinti és ez továbbra is a büntetőjog eszközeivel védendő (Rn. 50.). Ezen említett célok eléréséhez a büntető előírás alkalmas, szükséges és megfelelő.

Különvéleményében Hassemer kritizálja a többségi döntés egyes érveit. Szerinte a társadalmi meggyőződés nem képes a büntetőjogi normát alkotmányjogilag legitimálni. Az eugenetikai megfontolások több okból nem elfogadhatóak. Az előírás a szexuális önrendelkezés védelmét nem látja el, mindenekelőtt mert az áldozat nem felelősség nélkül cselekszik, és nincs kényszerhelyzetben sem. A család védelme sok konstellációt tekintve nem normacél. Az előírás ezért „a csupán létező vagy vélt morális elképzeléseket” védi és erre a célra „más és jobban alkalmas eszközök” vannak, mint a büntetőjog. Így Hassemer szerint az említett és további okokból hiányzik a vérfertőzés büntetőjogi szabályozását illetően az alkalmasság, a szükségesség és a megfelelés.⁶⁵

A német alkotmánybírósági döntéssel kapcsolatban több általános jellegű kérdés fogalmazható meg.

Kérdés, hogy vajon a pusztán morális elképzelés védelme a büntetőjogi tilalom igazolására elegendő-e? Vajon egy magatartás erkölcsellenessége már elegendő/elégészes okot jelent-e a kriminalizálásának alkotmányszerűségére? Ezekről a kérdésekről a német alkotmánybíróság ugyan hallgat, azonban egy magatartás erkölcsellenessége a bíróság szerint legalábbis a kriminalizálás kiegészítő, önállóan releváns okának státuszával rendelkezik a többi ok mellett.

Zárójelben megjegyezhető, hogy a magyar alkotmánybíróság esetében is a jogtárgyakkal kapcsolatos felfogásának kettőssége érhető tetten, hogy bár a nemi erkölcs mentén evidenciának tekinti a vérfertőzés büntetendőségét, ennek megállapítása után mégis megnevez más jogi tárgyakat: „a házasság és a közeli (vér) rokonok közötti családi kapcsolat védelme, az ifjúság tekintetében az állam különös gondoskodási kötelessége, valamint a leszármazás genetikai védelme ésszerű indokait adják a társadalom e kiemelt személyi csoportjaira vonatkozó, büntetőjogi következményekben is megmutatkozó megkülönböztetésnek” [20/1999. (VI.25.) AB hat. II.1.2.]. A nemi erkölcs mellett a magyar alkotmánybíróság tehát a vérfertőzés jogi tárgyainak tekinti a házasság és a rokoni kapcsolatok védelmét, az ifjúság védelmét és a leszármazás genetikai védelmét. Ezek adnák a vérfertőzés büntetendőségének ésszerű indokát.⁶⁶

Tehát eredményében a német alkotmánybíróság a morális elképzelések megtartásának és érvényesítésének a feladatát a büntetőjognak utalta. Ezzel pedig a liberális tradíció szerint idegen feladatról van szó, hiszen sok neves büntetőjogász szerint, Feuerbachtól a modern szerzőkig, a büntetőjogot és a morált egymástól el kell különíteni. Vagyis a büntetőjogi

⁶⁵ U.o.

⁶⁶ Vö.: Szomora Zsolt: Dilemmák a vérfertőzés jogi tárgyai kapcsán. Állam- és Jogtudomány, Vol. XLVIII. 2007/4. 594-595. p.

liberalizmus szerint egy magatartás erkölcsellenességének a pönalizálása a legitimálását illetően nem bír jelentőséggel.⁶⁷

A vérfertőzés megítélésével kapcsolatban igen figyelemre méltónak tekinthető Csányi Vilmos biológus, etológus nézete. Szerinte a vérfertőzés tabuja, speciális kivételektől eltekintve, minden kultúrában megtalálható. A megítélését illetően a biológiai komponens mellett mindig a kulturális tényező a döntő. „Az elsődleges rokonok közötti szexuális kapcsolatból származó utódok között feltűnően nagy a genetikai eredetű deformációk aránya, a káros recesszív génhatások megnyilvánulása miatt. Valószínűleg ennek elkerülését célozza a vérfertőzés tabuja, bár más magyarázatok is vannak. A pszichoanalitikus felfogás szerint a vérfertőzés bomlasztja a családi kapcsolatokat, antropológiai elméletek szerint az exogámia erősíti a családok közötti kapcsolatokat. A legvalószínűbb, hogy mindhárom tényező szerepet játszott a tabu kialakulásában.”⁶⁸

Az előbbi megállapítással kapcsolatban kérdés, hogy egy tabu mennyiben igényli a büntetőjogi fenyegetettséget, hiszen tabu létezhet büntetőjogi pönalizálás nélkül is, mint ahogy az incesztus egyes országokban kívül esik a büntetőjogi tilalmazás körén (mint pl. Oroszországban vagy Ukrajnában). Egy tabu jelenléte ugyanis önmagában nem legitimálja/legitimálhatja a büntetőjogi beavatkozást, a tabunak a büntetőjog saját szempontjai alapján kell magát „megmérettetnie”.⁶⁹

A vérfertőzés tabuja Roxin értelmezésében

A lakosság széles rétegei számára elfogadhatatlan a vérfertőzés léte, azonban a megbüntetésnek jogtárgy-védő igénye nem feltétlenül elégséges.

A rokonok közötti közösülés az európai kultúrkörben időtlen idők óta tabu, de hogy a vérfertőzés kit vagy mit károsít/sért, az bizonytalan. A törvényhozó és a joggyakorlat által megadott indokok/okok a büntetőjogi előírással nincsenek összhangban. Hiszen a büntető tényállásnak állítólag a családot zavaró hatásokat kell(ene) megakadályozni/megelőzni, ez pedig már azért sem találó, mert a rokonok családi közösségét egyáltalán nem feltételezi. Másrészt a fennálló családi közösségnél a nem vérrokon hozzátartozók (pl. mostohaapa a mostohalánnyal való) közösülését nem fogja át/rá nem vonatkozik. Így például a házasságtörő kapcsolat valóban családot zavaró hatású, az mégsem büntetendő. A lehetséges genetikai károsodásra utalás nem nyújt teherbíró érvet, mert a rokonok közösülése csak ritka esetekben vezet gyermekek születéséhez, mivel az ilyen gyermek rendszerint genetikailag nem károsodott. Továbbá a genetikailag beteg utódok megelőzésére egyébként jogrendünkben nem büntetőjogi eszközökkel kell törekedni.⁷⁰

A büntetőjog és a morál elválasztásáról

A büntetőjog esetében mindenki külső szabadságának a védelméről van szó. Ez a cél az egyes személy szabadsága korlátozását követeli, a másik személy szabadságának biztosítása végett, azaz szabadságkorlátozás a külső szabadság védelméért történik. Az egyes személy külső szabadsága azonban az által nem csorbul/hat, hogy mások szabadság- és jog-ellenséges beállítódással/érzülettel rendelkeznek. Legalább Ulpianus óta ismert, hogy a gondolatok szabadok. A (büntető)jog és a morál közötti kritikus terület ott kezdődik, ahol a gondolat(ok),

⁶⁷ Vö: *Greco*, L.: I.m. 235. p.

⁶⁸ *Csányi Vilmos*: Az emberi viselkedés. 2. kiadás. Sanoma, Budapest, 2007. 155. p.

⁶⁹ Vö: *Szomora Zs.*: I.m. 590. p.

⁷⁰ *Roxin*, C.: I.m. 27. p.

illetve az érzület külsőleg/külvilágban megnyilvánul. Ahol mások külső szabadságának védelméhez a büntetőjog nem szükséges, ott aligha legitimálható a törvényi tényállás. Hasonló a helyzet a gyűlöletkeltésnél, az agitációs karakterű cselekményeknél, politikai klíma mérgezettsége közepette. A rossz politikai klíma még senkit sem kényszerít/készít erőszakos tevékenységre, úgy ott, ahol a pusztán verbális klímamérgezés agitációs jelleg/karakter nélküli, amely messze áll az erőszakos tevékenység előterétől, ilyen helyzetben/ esetben a büntetőjogi pónalizálás meggyőzően nem indokolható.⁷¹

Az állami beavatkozás fenti formái a büntetőjog eszközeivel a beállítódások, az érzület ellen a jogállami tett-büntetőjogban problematikusak, hiszen a tett-büntetőjog nem csak jogállami kategória, hanem jogfilozófiailag megalapozott büntetőjogi alapelv. Hogy a büntetőjog alapjában tett-büntetőjog kell legyen, ez adódik a (büntető)jog és a morál elválasztásából (is). E szerint a büntetőjog alkalmazhatósága csak akkor követelhető, ha az mindenki külső szabadságának védelméhez szükséges. Ez azt jelenti, hogy az olyan jelenségek, mint beállítódás/érzület, akár „jog-ellenséges” is, ki kell, hogy essenek a büntetőjogi védelem köréből. Így például az öngyilkosság elkövetése vagy annak megkísérlése morálisan, de nem büntetőjogilag ítélandó meg és szankcionálandó.⁷²

Szabadság lehet-e jogtárgy?

Kiindulópontként rögzítendő, hogy a jogtárgy meghatározását *konkrét bűncselekményi tényállásra* kell megadni. Kérdés azonban, hogy önmagában az emberi szabadság rendelkezik-e jogi tárgy jelleggel? Az vitathatatlan, hogy a szabadság mint olyan, a társadalom számára is kiemelkedő fontosságú érték. Emiatt azonban az nem állítható, hogy mindenféle szabadságszférát egyaránt védeni kell, tehát hogy minden szabadságszféra sértése egyúttal a szabadság mint jogi tárgy sértését jelenti. A kérdés ezek után, hogy az olyan jogi tárgy, mint „szabadság”, egyáltalán adható-e/állítható-e, illetve a szabadság gyűjtőfogalomként a büntetőjog számára releváns-e. A büntetőjog szubszidiárius és fragmentális jellege, továbbá a törvényi pontos meghatározottság tiltja a határozatlan jogtárgyak követelményként állítását, hiszen az abszolút szabadságvédelem az egyik oldalon mindig többletet is jelent, a másik oldal szabadságvesztéshez vezethet. Tehát arra az eredményre juthatunk, hogy a szabadság mint olyan, túlon túl határozatlan ahhoz, hogy önmagában jogtárgy lehessen. A szabadság megsértése egész általánosan és általánosságban nem létezik.⁷³

Az absztrakt veszélyeztetési deliktumok és a jogi tárgy

A büntetőjognak jogtárgy-védelemhez kötése nem követeli meg, hogy a büntethetőség csak jogtárgy-sértésnél következzen be, elegendő a jogtárgy veszélyeztetése.

Konkrét és absztrakt veszélyeztetési deliktumok között tehető különbség. Ez utóbbi bűncselekményi forma büntetést érdemlősége a tényállásszerű elkövetési magatartás következtében meghatározott védett jogi tárgy általános veszélyeztetésén alapul. Ilyen esetben a veszély bekövetkezése nem tartozik hozzá a törvényi tényálláshoz, a vonatkozó elkövetési magatartás azonban tipikusan konkrét veszély, vagy akár sérelem előidézésére *alkalmas*. Absztrakt veszélyeztetési deliktumnak tekinthető például az ittas vagy bódult állapotban történő járművezetés [Btk. 188. § (1) bek.]. A *konkrét veszélyeztetési deliktum* esetében a veszély

⁷¹ Kühn, Kristian: Der Zusammenhang von Strafe und Strafrecht. In: Dölling, Dieter (Hrsg.): Jus humanum. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe. Dunker & Humblot, Berlin, 2003. 453-454. p.

⁷² Vö.: Kühn, K.: I.m. 455. p.

⁷³ Vö.: Sinn, A.: I.m. 53-56. p.

bekövetkezte a törvényi tényállás eleme, ami eredményként állapítandó meg, mint például a közúti veszélyeztetés büntetvényének eredménye más vagy mások életének vagy testi épségének *közvetlen veszélyeztetése* [Btk. 186. § (1) bek.], avagy a kiskorú veszélyeztetése büntetvényének eredménye a kiskorú testi, értelmi vagy erkölcsi fejlődésének veszélyeztetése [Btk. 195. § (1) bek.]. Az említett bűncselekményeknél az eredményként jelentkező konkrét veszély akkor valósul meg, ha a károsodás, a sérelem bekövetkezésének reális lehetősége fenyeget. A materiális veszélyeztető deliktumok körébe tehát *csak a konkrét veszélyeztetési bűncselekmények* tartoznak.⁷⁴

Más nézet szerint az absztrakt veszélyesség nem az egyes eset tényállására vonatkozik, hanem a tényállásnak a legitimációs alapja. Az absztrakt veszélyesség nem graduálisan különbözik a konkrét veszélytől, hanem rendszerbelileg „aliud”/idegen. Vagyis a konkrét elhatárolási kérdés nem az absztrakt és a konkrét veszély között áll fenn, hanem a konkrét veszély megléte vagy a hiánya között.⁷⁵

A kísérlet büntetendősége is – ha az elkövetési tárgy sértése per definitionem elmarad – a jogtárgy-védelem tanával nem áll ellentétben. Továbbá a jogtárgy-védelem követelménye azáltal nem adható fel, hogy hangsúlyozzák a büntetőjog a tilalmaival értékeket (mint pl. az élet, az idegen tulajdon tisztelete) kíván biztosítani/védeni.

Ez mindaddig helyes, amíg az értékek fenntartása a jogi tárgyak védelmét szolgálja, rájuk vonatkozik. Tilalmazott az olyan értékek/érdekek védelme, amelynek megsértése nincs vonatkozással a jogtárgyra/hoz.⁷⁶

Hazai viszonylatban az ún. gyűlöletbeszéd különféle formáinak büntetőjogilag büntetendő körbe történő vonására már több kísérlet történt. Legutóbb az Országgyűlés 2008. február 18-i ülésnapján törvényt fogadott el a Btk. módosításáról. A elfogadott törvény egy új büntetőjogi tényállást állapít meg, „gyalázkodás” címmel. Ez a rendelkezés egyebek mellett büntetni rendelte, ha valaki nagy nyilvánosság előtt a magyar nemzettel, vagy a lakosság egyes csoportjaival kapcsolatban olyan kifejezést használ vagy híresztel, amely alkalmas arra, hogy a csoport tagjainak becsületét csorbítsa, avagy emberi méltóságát megsértse. Ezt a bűncselekményi tényállást az alkotmánybíróság alkotmányellenesnek minősítette [95/2008. (VII.3.) AB határozat]. Az alkotmányellenesnek minősített gyalázkodást az alkotmánybíróság a határozatában immateriális veszélyeztető vétségnek jelölte, ahol a jogsértő eredmény és a közvetlen veszélyhelyzet nem tényállási elem. Nem volt szükség arra továbbá, hogy az elkövető magatartása következményeként konkrét személy becsülete, emberi méltósága sérüljön. Elegendő lett volna, ha a használt kifejezés elvileg alkalmas arra, hogy az érintett csoport valamely *általában vett tagjának* becsületét csorbítsa, emberi méltóságát megsértse. A törvény értelmében védendő jogi tárgyként nem a köznyugalom, a társadalmi béke fenntartását kell tekinteni, mivel a gyalázkodás tényállása a Btk. személyek elleni bűncselekmények fejezetében, a szabadság és az emberi méltóság elleni bűncselekmények cím alatt kapott volna helyet.

Az alkotmánybírósági határozatban valójában a megsemmisített gyalázkodás tényállása absztrakt veszélyeztetési deliktum lett volna, határozatlan, általánosításokat tartalmazó, azaz túl általános tartalmú, nem konkrét személyhez rendelt jogi tárgy megjelölése mellett. A határozat szerint is „a szabad véleménynyilvánításhoz való joggal szemben nem áll olyan alkotmányos jog, amelynek védelmét a bevezetendő tényállás el tudná látni” [95/2008. (VII.3.) AB határozat II.3.4.].

Az absztrakt veszélyeztetési deliktumok a büntetőjog számára csak akkor alkalmasak, ha a cselekvési formák a védett jogi tárgy számára tipikusan a veszély közelfekvő lehetőségét

⁷⁴ Nagy Ferenc: A magyar büntetőjog általános része. HVG-Orac, Budapest, 2008. 112. p.

⁷⁵ Vö.: Steinberg, Georg: Tauglicher Versuch und konkrete Gefährdung. Golddammer's Archiv für Strafrecht. 2008/8. 519-520. p.

⁷⁶ Roxin, C.: 2006. 34. s köv. p.

hordozzák. E szerint az olyan büntetőjogi normák elvetendőek, amelyeknél nincs kapcsolódási vonal/pont a tényállásszerű cselekmény és a védelmi jogtárgy között.

A (köz)bizalom és a jogi tárgy

Hassemer kritizálja azt a felfogást, amely a (köz)bizalomra mint jogtárgyra épít. Ez szerinte veszélyes, mivel túl absztrakt szférát jelenít meg, amely büntetőjogi védelem tárgya nem szabad, hogy legyen.⁷⁷

Hasonló módon érvel Amelung, aki szerint a (köz)bizalom nem emelhető magatartási normák tárgyává, az csupán „látszat jogi tárgy”. Más emberek magatartásába vetett bizalom annak feltételezése, hogy mások az elvárásoknak megfelelően cselekednek. Ez a feltételezés tipikus módon olyan normákhoz kapcsolódik, amelyek mások magatartását szabályozzák, mégis a szankcionált magatartásra vonatkozó rendelkezések legtöbbször biztosítékot nyújtanak arra, hogy mások magatartása úgy sikerül, miként a rendelkezés szól. Így szemlélve a bizalom a gyakorlati normaérvényesülés hátoldala.⁷⁸

Hefendehl szerint ez a kritika explicite/világossá teszi, hogy a bizalom kettős funkcióját félreértik. A jogrend érvényességébe vetett bizalom mint a pozitív generális prevenciónak és ezzel egy büntetési célnak a kifejeződése. Ettől szigorúan elválasztandó a bizalom mint jogtárgy-komponens. Ez utóbbi aspektusnál arra kell figyelemmel lenni, hogy nem a bizalom önmagában a jogi tárgy, hanem annak az alkotóeleme.⁷⁹

Ebből két felismerés vezethető le: a (köz)bizalom éppoly kevésbé jogi tárgy, mint a jogrend érvényességébe vetett bizalom. Ez egyszerűen abból a felismerésből következik, hogy sem a bizalom önmagában, sem a jogrend iránti bizalom nem lehet cselekvésirányító/vezérlő. A jogrendbe vetett bizalom nem más, mint nem specifikus általános bizalom, amit erősíthet egy büntetőbírói feldolgozás, és erre az esetre ez nem kiindulópont, hanem az eljárás következménye lenne.⁸⁰

A bizalom Roxin szerint csak akkor rendül(ne) meg, ha a bizalmat megrendítő körülmények ismertek lennének. Amíg a cselekmények felfedezetlenül maradnak, vagy a lakosság például meghatározott hivatali apparátus megvesztegethetlenségébe vetett bizalmat már elvesztette, következményként a jogtárgy-sértést kérdésessé lehetne tenni. A büntetőjog nem elsősorban a pszichikai érzékenységet vagy a jogalanyokat védi.⁸¹

Továbbá a bizalom a norma fennállását feltételezi és ezért nem önálló objektum.

⁷⁷ Hassemer álláspontját lásd: *Gaede, K. – Mühlbauer, T.*: 2. Sitzung, Rechtsgüterschutz und Zurechnungsprobleme. In: Hefendehl, R. – von Hirsch, A. – Wohlers, W. (Hrsg.): *Die Rechtsgutstheorie*. Nomos, Baden-Baden, 2003. 300. p.

⁷⁸ *Amelung, Knut*: Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz. In: Hefendehl, R. – von Hirsch, A. – Wohlers, W. (Hrsg.): *Die Rechtsgutstheorie*. Nomos, Baden-Baden, 2003. 172. p.

⁷⁹ *Vö.*: Hefendehl, Roland: Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. 1/2007. 10. p.

⁸⁰ U.o.

⁸¹ *Roxin, C.*: 2006. I.m. 39-30. p.

Nótári Tamás

A *Carmina Salisburgensia* mint jog- és művelődéstörténeti forrás

Írásunkban a *Carmina Salisburgensia* néven számon tartott, a kora középkori bajor jogtörténet és a salzburgi historiográfia szemszögéből is lényeges, a kor szellemi arculatának képét gazdagító gyűjteménnyel kívánunk foglalkozni.¹ Datálásuk és tartalmi-formai elemzésük meggyőződésünk szerint számos ponton gazdagíthatja a kora középkori bajor társadalom- és jogtörténetről alkotott képünket, illetve vihet közelebb a jogrendszer szerpontjából releváns – jogi és nem jogi – források szellemi környezetének feltáráshoz.²

A *Carmina Salisburgensia*t tartalmazó kódex³ datálása nem könnyű feladat. A kódex hosszú időn át a regensburgi Szent Emmeram-kolostor könyvtárában pihent, keletkezésének helye azonban Salzburg, ideje pedig a IX. század második fele volt, s ennek megfelelően Bernhard Bischoff a Salzburgi Érsekség Karoling-kori kéziratoként a 176-os számmal látta el.⁴ A kódex egyfelől formulákká egyszerűsített – nagyrészt Alcuintól származó – leveleket tartalmaz, amelyeket közvetlenül a versek követnek. A kora újkor tudósai közül Johannes Turmair és Jean Mabillon tanulmányozták a kódexet, utóbbi pedig 1723-ban bizonyos részeit – így többek között számos versét is – publikálta.⁵ Ezt követően került a kódex a müncheni Staatsbibliothekba. Azon kérdésre azonban, hogy mikor és miképpen jutott Salzburgból a regensburgi kolostorba, nem lehet egyértelmű feleletet adni: Georg Swarzenski azt vélte, hogy már igen korán és közvetlenül Német Lajos tulajdonából ment át a regensburgi kolostor könyvtárába,⁶ ezzel szemben Bischoff éppen azon kódex kapcsán, amelynek sorsát Swarzenski analógiaként felhasználta, úgy foglal állást, hogy az csupán a XV. században kerülhetett Regensburgba.⁷ Ugyanakkor Lukas Wolfinger úgy véli, hogy a kódex 8. *carmen*-jét a *Conversio Bagoariorum et Carantanorum* keletkezésének idején, vagyis 870-ben⁸ Salzburgban ismerték. Hogy maga a kódex ekkortájt még születési helyén volt-e megtalálható – nem tudhatjuk.⁹

¹ Legújabb, mérvadó kiadásukat lásd Wolfinger, L. *Die sogenannten „Carmina Salisburgensia“ und der Clm. 14743*. In: Quellen zur Salzburger Frühgeschichte. Veröffentlichungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 44; Mitteilungen der Gesellschaft für Salzburger Landeskunde, Ergänzungsband 22. Hrsg. v. Wolfram, H. Wien–München 2006. 188–224. A *carmen*ek számozása tekintetében is Wolfinger kiadását követjük, az egyes *carmen*ek esetén azonban jelezzük a Dümmler-féle besorolást is.

² A kora középkori bajor jogtörténethez és historiográfiához bővebben lásd Nótári T. *Források Salzburg kora középkori történetéből*. Szeged 2005; *A salzburgi historiográfia kezdetei*. Szegedi Középkortörténeti Könyvtár 23. Szeged 2007; *Show Trials and Lawsuits in Early-Medieval Bavaria*. Rechtsgeschichtliche Vorträge 53. Budapest 2008.

³ A müncheni Staatsbibliothek 14743-as számú kódexe.

⁴ Bischoff, B. *Die südosstdeutschen Schreibschulen und Bibliotheken der Karolingerzeit II. Die vorwiegend österreichischen Diözesen*. Wiesbaden 1980. 160. sk.

⁵ Mabillon, J. *Vetera analecta ... sive collectio veterum aliquot operum omnis generis II*. Parisiis 1723. 346–349.

⁶ Swarzenski, G. *Die Regensburger Buchmalerei des 10. und frühen 11. Jahrhunderts*. Stuttgart 1969². 12.

⁷ Bischoff, B. *Bücher am Hofe Ludwigs des Deutschen und die Privatbibliothek des Kanzlers Grimalt*. Mittelalterliche Studien 3. 1981. 192.

⁸ A *Conversio* datálásához lásd Wolfram, H. *Salzburg, Bayern, Österreich. Die Conversio Bagoariorum et Carantanorum und die Quellen ihrer Zeit*. Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung, Ergänzungsband 31. Wien–München 1995. 193; Lošek, F. *Die Conversio Bagoariorum et Carantanorum und der Brief des Erzbischofs Theotmar von Salzburg*. MGH Studien und Texte 15. Hannover 1997. 6; Lošek, F. *Sieben Fragen zu sieben ausgewählten lateinischen Denkmälern des Salzburger Frühmittelalters: Gemeinsamkeiten und Unterschiede*. In: Tassilo III. von Bayern. Großmacht und Ohnmacht im 8. Jahrhundert. Hrsg. v. Kolmer, L.–Rohr, Chr. Regensburg 2005. 124. skk.

⁹ Wolfinger 2006. 183.

A kódex datálását a püspökök versbe foglalt listája teszi lehetővé.¹⁰ Ezek alapján megállapíthatjuk, hogy Liupram salzburgi érsek (836–859), Erchanfried regensburgi püspök (848–863) és Anno freisingi püspök (854–875) korában keletkezett, az utóbbi esetében pedig a forrás azt is megemlíti, hogy még hivatalban van. Természetesen nem zárhatjuk ki, hogy a kódex megírásakor egy korábbi püspöki névsort aktualizáltak, ám semmilyen gyanújel nem szól e hipotézis mellett. Liupram érsek haláláról a kódexből nem szerzünk tudomást – elődeinek, Virgil, Arn és Adalram sírversét ugyanakkor tartalmazza a kézirat. Mindezek alapján Liupram halála terminus ante quemnek, Anno püspökké szentelése pedig terminus post quemnek tekinthető, vagyis a püspöki névsor tehát valamikor 854 és 859 között született.¹¹

Az Ernst Dümmler által bevezetett *Carmina Salisburgensia* elnevezés¹² annyiban problematikus ugyan, hogy azon látszatot kelti, mintha mindezen versek Salzburgban születtek volna, noha számos *carmen* esetén ez valószínűtlen, illetve bizonyíthatóan valótlan, ugyanakkor valamennyi, e cím alatt összefoglalt vers kötődik valamilyen módon Salzburghoz, hiszen a nem ott keletkezettek is Salzburgról és püspökeiről/érsekeiről szólnak, gyakorta vers formájában írott levélként.¹³ A *corpus* egységes értékelését nagyban megnehezíti az egyes *carmen*ek szerzőjének, keletkezési idejének és helyének meghatározása során felmerülő kérdések, a versek tematikájának sokszínűsége és igencsak eltérő irodalmi – grammatikai és stiláris – színvonala, ugyanakkor az általánosan elterjedt toposzoknak a konkrét történelmi háttérrel, illetve kontextust nem egyszer elhomályosító, bőséges használata.¹⁴

A költői tevékenység salzburgi fellendülése kétségkívül Arn 798-ban történt érsekké válásához és a frank uralkodó bizalmas környezetéhez tartozó Alcuinnal fenntartott barátságához köthető,¹⁵ amit a Salzburgban lejegyzett és rendszeresen másolt Alcuin-versek száma is bizonyít.¹⁶ Lukas Wolfinger ezen kívül a következő, igen meggyőző érveket sorakoztatja fel a Karoling-kor költészetének Salzburgban kifejtett hatását bizonyítandó. Ernst Dümmler számos, nem az említett kódexben található költői munkát is a *Carmina Salisburgensia* körébe vont, és kiadásában tematikus rendszert követve bizonyos kódexek megbízóinak lelki üdvéért történő imaszándékot magukba foglaló, metrikus formában írott ajánlást is átcsoportosított e kategóriába. Szintén a salzburgi költőiskolához kapcsolódnak a salzburgi Baldo magister neve alatt ránk maradt *carmen*ek,¹⁷ valamint a *Miracula Virgilii* által hagyományozott azon vers, amely állítólag Virgil sírjának felfedezése alkalmával került elő.¹⁸ Magától Arntól három disztichont ismerünk, ezek az italt sem megvető, egyébként nem azonosítható Cuculushoz írott levelének képezik részét.¹⁹ Dümmler egy rövid *panegyricust* Arn érsekre vonatkoztatott, s ennek megfelelően helyezte el a költői művek sorában,²⁰ Bernhard Bischoff a

¹⁰ *Carm.* 8, 10; 9, 15–16; 10, 8; 11, 9.

¹¹ Wolfinger 2006. 183.

¹² Lásd MGH Poetae Latini aevi Carolini 2. Ed. Dümmler, E. Berlin 1884. 637–648.

¹³ Wolfinger (2006. 186.) a 2., 6., 7. és 22. *carmen* esetében véli úgy, hogy azok nem Salzburgban keletkeztek.

¹⁴ Wolfinger 2006. 187.

¹⁵ Arn pályafutásához és Alcuinhoz fűződő barátságához lásd Wolfram, H. *Arn von Salzburg und Karl der Große*. In: 1200 Jahre Erzbischof Salzburg. Die älteste Metropole im deutschen Sprachraum. Hrsg. v. Dopsch, H.–Kramml, P. F.–Weiß, A. S. Salzburg 1999. 22. skk.; Demmelbauer, G. *Arno, der erste Erzbischof von Salzburg 798–821*. (Diss.) Wien 1950; Diesenberger, M.–Wolfram, H. *Arn und Alcuin 790 bis 804: zwei Freunde und ihre Schriften*. In: Erzbischof Arn von Salzburg. Hrsg. v. Niederkorn-Bruck, M.–Scharer, A. MIOG Ergänzungsband 40. Wien–München 2004. 86. skk.

¹⁶ Ehhez lásd Dümmler, E. *Die handschriftliche Überlieferung der lateinischen Dichtung aus der Zeit der Karolinger*. Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde 4. 1879. 123. skk.

¹⁷ MGH Poetae Latini aevi Carolini 4. Ed. Dümmler, E. Berlin 1884. 1061.

¹⁸ *Gesta archiepiscoporum Salisburgensium*. Ed. Wattenbach, W. MGH SS 11. Hannover, 1854. 88.

¹⁹ MGH EE 4. Ed. Dümmler, E. Berlin 1895. 109. sk.

²⁰ MGH Poetae Latini aevi Carolini 2. Ed. Dümmler, E. Berlin 1884. 666.

formuláskönyveket és leveleket tartalmazó szövegkiadásában néhány *carment* is felvett,²¹ amelyek több-kevesebb biztonsággal Adalram érsek (821–836) tevékenységéhez kapcsolódnak.²²

A *Carmina Salisburgensia* darabjain végigtekintve megállapíthatjuk, kivétel nélkül valamennyi gyakorlati célzattal született, az ún. *Gebrauchspoese* körébe tartozik.²³ A Karoling-kor költészetének időnként megnyilvánuló megítélése leginkább az eredetiség és a kreativitás, valamint a „valódi érzés” hiányára vezethető vissza, s ezen ítélet természetesen kiterjedt a meglehetősen egyenetlen színvonalú salzburgi *carmen*ekre is. Kétségkívül tagadhatatlan, hogy – miként a korszak költészete gyakorta – e versek is olykor sablonokból, panelszerűen felhasználható, előre megírt vagy az elődöktől átvett sortöredékekből, verssorokból építkeznek, s a szokványos toposzok sem mindig hatnak túlon túl őszintén, ám a modern kor elvárásait a VIII. és IX. század költészetére visszavetíteni, s a korszak szerzői által meg nem fogalmazott és megvalósítani nem vágyott elveket rajtuk számon kérni, súlyos anakronizmus volna.²⁴ A kor költészetének didaktikai szerepe mellett nem szabad megfeledkezni társadalmi funkciójáról sem: a barátság ápolása, az imaszándék kinyilvánítása és kérése, az uralkodók és egyházfők erényeinek dicsőítése, uralmuk legitimálása (így például a versek barátjának számító Nagy Károly esetében) – mindezen feladatokat a költői művek látták el, s ennek megfelelően alkalmazkodtak az adott terület erősen formalizált szabályaihoz, amely nem sok teret engedett az egyéni érzések megnyilvánulásának. Tekintettel arra, hogy a költőnek e feladatokat „hatékonyan” kellett ellátnia, bölcsen tette, ha nem tért le a már ismert ösvényről, hiszen a már bevált sablonokat *mutato nomine* sikerrel alkalmazhatta a továbbiakban. Nem lehetett az sem elhanyagolható momentum, hogy a címzettről írott és hozzá eljuttatott *carmen* értékes ajándéknak számított, illetve alkalmas lehetett ajándékok viszonzására, tehát a költészet a társadalmi kapcsolatépítés bevett eszközeként nyert jelentőséget. Ennek megfelelően a bajorországi funkcionális költészet megjelenése egyértelműen jelzi, hogy Salzburg e tekintetben is integrálódott a Karolingok birodalmába, érsekei és *magisterei* pedig egyfelől versíróként, másfelől versek címzettjeként bekerültek a birodalom szellemi véráramába.²⁵

A *Carmina Salisburgensia* darabjairól a nagyfokú színvonalbeli különbségek ellenére megállapítható, hogy nem maradnak alatta a Karoling-birodalom általános nyelvi níveljének.²⁶ Lukas Wolfinger meggyőzően cáfolta Ernst Dümmlernek a *Carmina Salisburgensia*ban fellelhető antik reminiscenciákra vonatkozó téziseit. A Dümmler valószínűsítette, Vergiliustól és Ovidiustól származtatott átvételek kapcsán rámutatott arra, hogy e fordulatok nem feltétlenül vezethetők vissza az említett klasszikus *auctorok* kiemelkedően elmélyült ismeretére, hanem éppúgy – sőt, valószínűbben – származhattak Venantius Fortunatus, Aldhelm vagy Alcuin munkásságából.²⁷

Egyértelműen le kell szögeznünk, hogy a *Carmina Salisburgensia*t tartalmazó kódex versei nem egyetlen szerző művei: három *auctort*, Alcuin, Dungalt és Német Lajost – vagy esetleg a verset helyette megíró, Wolfinger által *ghostwriter*nek titulált poétát – név szerint

²¹ Bischoff, B. *Salzburger Formelbücher und Briefe aus Tassilonischer und Karolingischer Zeit*. Sitzungsbericht der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Heft 4. 1973. München 1974. 28. sk.

²² Wolfinger 2006. 226. sk.

²³ Lošek, F. *Die Auswirkungen karolingischer Politik und Reformen im Südosten des Reiches anhand der lateinischen Überlieferung. Das Beispiel Salzburg*. In: Karl der Große und das Erbe der Kulturen. Akten des 8. Symposiums des Mediävistenbandes e. V., Hrsg. v. Erkens, F.-R. Berlin 2001. 116; Wolfinger 2006. 227.

²⁴ Wolfinger 2006. 228.

²⁵ Wolfinger 2006. 229. skk.

²⁶ Knapp, F. P. *Die Literatur des Früh- und Hochmittelalters in den Bistümern Passau, Salzburg, Brixen und Trient von den Anfängen bis zum Jahre 1273*. Geschichte der Literatur in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart I. Hrsg. v. Zeman, H. Graz 1994. 32.

²⁷ Wolfinger 2006. 231. sk.

tudunk azonosítani, a többi *carmen* szerzője homályba vész.²⁸ A többi vers esetében sem szükséges feltétlenül salzburgi származású szerzőt feltételeznünk – ám a hiperkritika álláspontját elutasítva e textusokat is megilleti az ellenkező bizonyításáig az ártatlanság, illetve az eredetiség véelme. Bizonyos *carmen*ek kapcsán jó eséllyel elfogadhatjuk ugyanakkor azon feltételezést, hogy helyileg nem Salzburgban íródtak, így például az Adalramnak címzett vers esetében, amelyben a szerző kifejti, hogy az érseket egykor megismervén erősen vágyik arra, hogy újból találkozzék vele²⁹ – aligha képzelhető el, hogy e sorok az érseki székhelyen íródtak volna, sokkalta inkább feltételezhetünk szerzőként egy Salzburgból származó, ám a távolban tartózkodó és író tisztelő barátot. A magát mint „*advena ... exilis*” megnevező, ám valamiképpen az érsek hatalma alá tartozó szerző³⁰ kapcsán még problematikusabb a behatárolás, hiszen az önazonosítást egyfelől motiválhatta a szerénység is, másfelől az *advena* mint *appositio* nem teszi valószínűvé a salzburgi származást. A már említett két verset kivéve semmilyen gyanújel nem szól az ellen, hogy a sorokat ténylegesen Salzburgban írták volna, tehát jó okkal vélelmezhetjük ezeket *ex asse* salzburgi *carmen*eknek.³¹

A konkrét szerző identifikációját nem biztosító *carmen*ek esetében kérdésként merül fel, hogy kihez, illetve kikhez kapcsolhatjuk ezen alkotásokat. Természetesen (a hipotézis szintjén) nem zárható ki sem a közvetlen érseki, sem pedig – a versek némiképp didaktikus jellegéből adódóan – egy salzburgi *magister*hez köthető szerzőség. Ám az egy szerzőhöz történő kapcsolás hipotézisét megingatja egyrészt a versek színvonalának erős ingadozása, másrészt az azonosítható szerzők (Alcuin, Dungal, Német Lajos) arányaiban nagy száma, harmadrészt a *carmen*ek születése közötti időbeli intervallum. A sokszerzős hipotézis gyengíti ugyanakkor, hogy e korban feltehetően Salzburgban sem tevékenykedett túlon túl sok poéta, s a versek szóhasználata és motívumai igen hasonló; nagy valószínűséggel a legjobbnak ítélt költőt bízták meg az érsekek kiválóságát zengő *carmen*ek megalkotásával. Ha feltétlenül egyetlen személyben vágnók megtalálni a legtöbb *carmen* szerzőjét, úgy leginkább a már említett Baldo *magister* neve kerülhetne szóba, akinek műveltségét és hírnevét mind az általa,³² mind pedig a hozzá írott³³ versek bizonyítják. Tényként könyvelhetjük el azonban – a szerzőség kérdésétől függetlenül –, hogy noha a versek egy része feltehetően didaktikai célokat szolgált, számos darabnál az *auctor* a salzburgi történelem fontosnak ítélt momentumait igyekezett megörökíteni,³⁴ ami korántsem idegen a gyakorlati szempontokat és legitimációs igényeket határozottan közvetítő VIII. és IX. századi salzburgi forrásoktól.³⁵

A *carmen*ek tematikáját áttekintve megállapíthatjuk, hogy a legfontosabb eleme a Salzburgi Érsekség és az ez alá tartozó püspökségek vezetőinek listája. A püspökök versebe szedett jegyzéke nem volt a Karoling-kor számára idegen műfaj, amint ezt a *Versus de episcopis Mettensis civitatis quomodo sibi ex ordine successerunt*³⁶ és a Walahfrid Strabótól származó *Visio Wettini*³⁷ is bizonyítja. A salzburgi lista ezektől annyiban tér el, hogy az érsekek mellett a megyéspüspökök neveit is tartalmazza, amint ezt a 8. *carmen* – feltehetően a kódex többi, hasonló tartalmú, vagyis a 10., 11., 12. és 13. versére vonatkozó – címe: *De ordine conprovincialium episcoporum* is mutatja. A 9. *carmen* felépítését, tartalmát és versmértékét tekintve némiképp kilóg e sorból. A vonatkozó vers első sor megnevezi az adott püspökséget, az egyes püspököket pedig általában igen röviden, egy-egy sorban tárgyalja, megemlíti, hogy

²⁸ Wolfinger 2006. 232.

²⁹ *Carm.* 1, 9. 38–39.

³⁰ *Carm.* 21, 11–12.

³¹ Wolfinger 2006. 2006. 232. sk.

³² *Carm.* 2; *Versus Baldonis* 1. MHG Poetae 4. 1061.

³³ *Carm.* 22.

³⁴ Így például *Carm.* 8–17.

³⁵ Wolfinger 2006. 233. skk.

³⁶ MHG Poetae 1. 60–61.

³⁷ MGH Poetae 2. 301–333.

hányadikként töltötték be egyházmegyéjük legfőbb méltóságát, majd megemlékezik kiválóságukról; ugyanakkor némelyükről, így például az első öt regensburgi püspökről a nevén kívül egyebet nem is közöl – hogy ezen utóbbi tény mögött valamiféle koncepciót kell-e sejtenuünk, nehezen volna kideríthető.³⁸ E versek számos, a salzburgi építészet történetét érintő tézis és hipotézis felállításához szolgáltatott alapot, amelyek közül Wilhelm Wattenbach³⁹ és az őt követő Julius von Schlosser,⁴⁰ valamint Georg Swarzenski⁴¹ elképzelései emelhetők ki, amelyeket Lukas Wolfinger kellő részletességgel tárgyal és értékeli.⁴² Mindezek kapcsán elégségesnek tűnik annak a megállapítására szorítkozni, hogy e *carmen*nek a megépített vagy megfestett püspöki templomok kérdésköréhez tartoznak, ám hogy ránk maradt formájukban ténylegesen felhasznált listaként, tankölteményként, befejezetlen torzóként vagy tervezetként fungáltak-e – eldönt(het)etlen kérdésnek kell maradnia.

Külön figyelmet érdemel a 9. *carmen*, amelynek első két sora a Rupert előtti korszakkal, következő két sora pedig Rupert korával foglalkozik, majd rövid átvezetéssel rögtön Arnra és Salzburg érsekséggé emelkedésére tér át, amit nyolc soron keresztül tárgyal. Az ezt követő két-két sort Adalram és Liupram érseknek szenteli a szerző, végül pedig a tíz sor hosszúságú záró részben a Salzburgi Érsekség és főpásztorainak szerencsés jövőjét kéri. A vers határozott hangsúlyt fektet az érsekség, illetve az érsekek legitimitásának nyilvánvalóvá tételére: így például Arn számos teljes jogú főpap után vette át székhelyét (*pontifices multos post rite sedentes*⁴³), Adalramot pedig a szintén jogszerűen követte Liupram (*successit Liuphrammus rite sacerdos*⁴⁴). A legitimitás iránti igény hangoztatása kiváltképpen Arn esetében nem lehetett véletlen, hiszen III. Leó pápa (795–816) 798. április 20-án adta át Arnnak a *pallium*ot, s tette az újonnan megalapított Salzburgi Érsekség vezetőjévé, amit az ily módon neki alávetett megyéspüspökök igen kelleetlenül vettek tudomásul.⁴⁵ A Rupert és Arn közti időszak püspökeiről és apátjairól a költő nem szól név szerint, figyelmét kizárólag a püspökség és az érsekség megalapításának gyújtópontjára összpontosítja – megjegyzendő, hogy a hagyománnyal ellentétben Rupert Salzburgban nem alapított püspökséget, annak létrehozására *de iure* csak 739-ben került sor.⁴⁶ Ezáltal diplomatikusan átsiklik bizonyos kényes kérdések – például Bonifác és Virgil konfliktusa⁴⁷ vagy Salzburg érsekséggé válásának politikai körülményei⁴⁸ – felett, és a metropólia életéből csupán a *horas serenast*, illetve *gloriosast* számolja, ám éppen ezen igyekezett világít rá ama körülményre, hogy a bajor püspökségek között Salzburg primátusa talán még a IX. század közepén sem nélkülözött bizonyos kritikus felhangokat.⁴⁹

³⁸ Wolfinger 2006. 236.

³⁹ Wattenbach, W. *Deutschlands Geschichtsquellen im Mittelalter I*. Stuttgart–Berlin 1904⁷. 292. sk.

⁴⁰ Schlosser, J. v. *Beiträge zur Kunstgeschichte aus den Schriftquellen des frühen Mittelalters*. Sitzungsbericht der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften 123. Wien 1890. 127.

⁴¹ Swarzenski, G. *Die Salzburger Malerei von den ersten Anfängen bis zur Blütezeit des romanischen Stils*. Textband. Leipzig 1913. 12. sk.

⁴² Wolfinger 2006. 236. skk.

⁴³ *Carm.* 9, 5.

⁴⁴ *Carm.* 9, 15.

⁴⁵ Wolfram, H.: *Die Geburt Mitteleuropas. Geschichte Österreichs vor seiner Entstehung*. 378–907. Wien 1987. 208; Wolfram 1995. 134.

⁴⁶ Wolfram, H.: *Grenze und Mission. Salzburg vom heiligen Rupert zum heiligen Virgil*. Mitteilungen der Gesellschaft für Salzburger Landeskunde 115. 1975. 55; Wolfram 1995. 252.

⁴⁷ Vö. Ó Néill, Pagraig P. *Bonifaz und Virgil: Konflikt zweier Kulturen*. In: Virgil von Salzburg. Missionar und Gelehrter. Hrsg. v. Dopsch, H.–Juffinger, R. Salzburg 1985. 80. skk.

⁴⁸ Lásd Schieffer, R. *Arn von Salzburg und die Kaiserkrönung Karls des Großen*. In: Bayern und Italien. Politik, Kultur, Kommunikation (8.–15. Jahrhundert). Festschrift für K. Reindel zum 75. Geburtstag. Hrsg. v. Dopsch, H.–Freund, S.–Schmid, A. München 2001. 107. skk.

⁴⁹ Wolfinger 2006. 240.

A 3. és az 5. *carmen* az év hónapjait veszi sorra. A 3. *carmen* huszonnégy disztichonban etimologizálja nevüket, leírja a hozzájuk kötődő természeti jelenségeket és szokványos tevékenységeket, az 5. *carmen* ezzel szemben mellőzi az etimológiát, a megszokott természeti jelenségek és emberi tevékenységeket felsorolása tekintetében nem hoz újat a másik verssel szemben, utolsó sorával pedig világossá teszi, hogy a vers valamely – közelebről meg nem határozott – címzetthez szól. Kérdésként merülhet fel, hogy mindkét *carmen* ugyanazon költő alkotása-e. Nem zárható ki, hogy a 3. *carmen* a téma megígért, jobb feldolgozása,⁵⁰ s talán támpontot nyújthat az is, hogy a vonatkozó hónapokhoz mindkét vers ugyanazon ténykedést rendel hozzá – ugyanakkor az azonos költő elleni érvként hozható fel, a *februa* eltérő neme és etimológiája a két versben.⁵¹

Az 1., 2. 21. és 22. *carmen* levélben küldött, *panegyricus*-jellegű vers volt. Az 1. *carmen* Adalram érsekhez íródott *panegyricus*, amelynek Venantius Fortunatusra visszavezethető reminiszcenciáit⁵² már Ernst Dümmler felfedezte,⁵³ Fritz Lošek pedig mind ezen, mind pedig az egyéb salzburgi *carmen*ek esetében eredményesen mutatta ki az antik reminiszcenciák és a keresztény motívumok sajátos ötvöződését.⁵⁴ Az egyik utalás Adalram érseket Pál apostollal, a *doctor gentium*mal hozza összefüggésbe,⁵⁵ valamint a *Zsoltárookra*⁵⁶ történő utalással hangsúlyozza az érsek kiemelkedő nyelvismeretét.⁵⁷ (A nyáját, illetve híveit őrző és a farkastól, vagyis az ördögtől megvédelmező pásztor-püspök képe általánosan elterjedt motívum a Karoling-kor költészetében.⁵⁸) A 2. *carmen* tipikus, számos toposzt felvonultató baráti versezet: az *amicitia* rosszindulatú rágalmak miatt megszakadással fenyeget, s Dungal – akit a baráti szövetség megsértésének vádja ért – kénytelen exkuzálni magát, hangsúlyozza afeletti sajnálkozását, hogy a földrajzi távolság miatt nem találkozhat és beszélhet barátjával, Baldoval. A Dungalról rendelkezésünkre álló információk igen hiányosak, biztosak csupán ír származásában lehetünk, Baldo azonban híres és befolyásos, korának számos kiemelkedő személyiségével – köztük Német Lajossal is – levelezésben álló salzburgi *magister*ként azonosítható, akinek működése és a kódexekben is nyomon érhető munkássága egészen a IX. század közepéig kimutatható az érseki székhelyen. A 22. (talán csupán töredékében fennmaradt) *carmen* címzettje szintén a salzburgi *magister*, Baldo, írója – akár közvetlenül, akár a már említett *ghostwriter* közvetítésével – Német Lajos, aki nyíltan beismeri, hogy a Baldo által neki küldött *pia scripta* rejtélyesek maradtak számára, s kéri a salzburgi tanítót, hogy világítsa meg számára ezek értelmét. Közelebbi adatok híján mind a 2., mind a 22. *carmen* pontosabb datálásának kérdését nyitva kell hagynunk.⁵⁹ A 21. *carmen* címzettje Adalram érsek, akit a szerző az Adalram név jelentését felhasználva *nobilis aries*ként szólít meg.⁶⁰ A nevekké történő játék nem ritka a kor irodalmában, ennek kapcsán elegendő az Arn és Alcuin közötti levelezésre gondolnunk. A vers tartalmaz egy igen érdekes, salamoni *proverbium*ra utaló reminiszcenciát,⁶¹ s a *carmen* nem nélkülözi a Bak csillagképére történő allúziókat sem.⁶²

A 14., 15., 16. és 17. *carmen* nem más, mint Salzburg püspökeiről, illetve érsekeiről szóló metrumokba foglalt felirat. E feliratok nagy valószínűséggel az említett egyházi

⁵⁰ *Carm.* 5, 25–26.

⁵¹ Wolfinger 2006. 244.

⁵² Így például Venantius Fortunatus, *Carm.* 3, 7, 9–10. (Ed. Leo, Fr. MGH AA IV/1. Berlin 1881.)

⁵³ MGH Poetae 2. 642.

⁵⁴ Lošek, F. *Antike Reminiszenzen und aktuelle Bezüge in den Carmina Salisburgensia. Philologisch-historische Notizen zu den Carmina 7 und 8.* Wiener Studien 114. 2001. 637. skk.

⁵⁵ *Carm.* 1, 20–21.

⁵⁶ *Psalm.* 80, 11.

⁵⁷ *Carm.* 1, 18–19.

⁵⁸ Wolfinger 2006. 245.

⁵⁹ Wolfinger 2006. 246.

⁶⁰ *Carm.* 21, 1.

⁶¹ *Carm.* 21, 5. Vö. *Proverbia Salomonis* 30, 31. *et aries; nec estrex, qui resistat ei.*

⁶² Wolfinger 2006. 247.

méltóságok halála után keletkeztek – a halál időpontja tehát elvileg terminus post quemként szolgálhat –, ám nem zárható ki, hogy némelyik érsek már életében megíratta az epitáfiumára szánt verset. A 14. *carmen* Virgil püspök (749–784) sírfelirata, amelyben a szerző kiemeli a püspök ír származását (*Hibernica tellus*⁶³), *doctus* voltát, templomépítői munkásságát (*multa templa*⁶⁴) és társai iránti szeretetét (amely nézetünk szerint többek között a *Liber confraternitatum*⁶⁵ megalkotásában is megnyilvánult).⁶⁶ A 15. *carmen*, Arn püspök (784–798), majd érsek (798–821) igen egyszerű, az érsek érdemeit és erényeit alig említő sírverse, amely megemlíti, hogy a *criptát*, amelyben a test immáron nyugszik,⁶⁷ a nagy tekintélyű és hatalmú érsek még életében megépíttette, s arra kéri a felirat olvasóját, hogy imádkozzék a főpásztor lelki üdvéért. Lukas Wolfinger valószínűsíti, hogy a *carmen* még Arn életében íródhatott.⁶⁸ A 16. és 17. *carmen* Adalram érsek (821–836) emlékezetét szolgálja. Az elsőt erősen áthatja a *memento mori* és a világi dolgok hiábavalóságának gondolata,⁶⁹ amit az immáron végső nyughelyre talált érsek lelki üdvéért elmondandó imákra történő buzdítás, illetve kérés követ. A második vers talán kevésbé komor hangvételű, említést tesz Adalram érdemeinek jelentős voltáról és fáradhatatlan munkálkodásáról – feltehetően az érsek halála után keletkezett, hiszen pontosan meghatározza az érsekség élén eltöltött idejét –, és az örök üdvösségbe és a feltámadásba vetett bizalommal fordul Istenhez. A 17. *camen* valószínűleg szélesebb körben elterjedhetett, hiszen egy, feltehetően Salzburgon kívül eső templomban talált feliraton az eredeti változat⁷⁰ egy, Salzburgra utaló fordulattal módosult⁷¹ (a salzburgi versekben itt kerül elő egyedül a *Salzburg* név), amint ezt már Bischoff is jelezte.⁷²

A 4. *carmen* egyértelműen *inscriptió*ként keletkezett, nagy valószínűséggel a salzburgi Szent Péter-templom számára, első két sora⁷³ alcuini reminiscenciaként értelmezhető,⁷⁴ ami a salzburgi költészetben egyáltalában nem tekinthető meglepőnek. A 19. *carmen* a csillagképeket írja le, ám hangsúlyozza, hogy nem természeti létezőként, hanem az emberi képzelet (*humana industria*⁷⁵) szüleményeiként kell őket kezelnünk. A VIII. századtól fogva megnőtt az érdeklődés az asztronómia iránt, s maga Nagy Károly is kért a már említett ír származású Dungaltól adatokat a napfogyatkozások előrejelezhetőségéről. Az a momentum, hogy a szerző hangsúlyozza a képek képzetet szülte jellegét, jól illeszkedik a kor azon alapfelfogásába, hogy a képek általánosságban jó szolgálatot tehetnek az oktatás terén, ám csupán megfelelő magyarázó szöveggel ellátva, anélkül viszont könnyen tévútra vezethetik az emberi elmét – a csillagképekre fokozottan állhatott eme tézis tekintettel disszonáns viszonyukra a keresztény hitvilággal. Az igen rövid, mindössze négy sorból álló 20. *carmen* Dávid királyról, a zsoldárköltőről szól, pontosabb datálásához hiányoznak a bővebb adatok.⁷⁶

⁶³ *Carm.* 14, 2.

⁶⁴ *Carm.* 14, 7–8.

⁶⁵ A *Liber confraternitatum*hoz lásd Forstner, K.: *Das Verbrüderungsbuch von St. Peter in Salzburg. Faksimilierte Ausgabe im Originalformat der Hs A 1. Codices Selecti 51.* Graz 1974; McKitterick, R.: *Geschichte und Gedächtnis im frühmittelalterlichen Bayern.* In: Erzbischof Arn von Salzburg. Hrsg. v. Niederkorn-Bruck, M.–Scharer, A. Veröffentlichungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung, Ergänzungsband 40. Wien–München 2004. 70.

⁶⁶ Wolfinger 2006. 248.

⁶⁷ *Carm.* 15, 1.

⁶⁸ Wolfinger 2006. 249.

⁶⁹ *Carm.* 16, 1–12.

⁷⁰ *Carm.* 17, 6. *Cuius in hac aula memvra sepulta iacent*

⁷¹ *Ad Salzburc cuius membra sepulta iacent*

⁷² Bischoff 1974. 9; 29; Wolfinger 2006. 250.

⁷³ *Carm.* 4. 1–2. *Haec quisquis pedibus penetret solaria prudens / Huc quoque se properet...*

⁷⁴ Alcuin, *carm.* 95, 5–6. (Ed. Dümmeler, E. MGH Poetae 1. Berlin 1881.) *Dum tu pulchra domus pedibus solaria scandes / Immemor haud esto scandere mente polum.*

⁷⁵ *Carm.* 19, 3.

⁷⁶ Wolfinger 2006. 251.

Összegzésül a következőket fogalmazhatjuk meg. Az ún. *Carmina Salisburgensiá*t tartalmazó kódex datálását a püspökök versbe foglalt listája teszi lehetővé. Mindezek alapján Liupram halála terminus ante quemnek, Anno püspökké szentelése pedig terminus post quemnek tekinthető, vagyis a püspöki névsor tehát valamikor 854 és 859 között született. A *Carmina Salisburgensia* elnevezés annyiban problematikus ugyan, hogy azon látszatot kelti, mintha mindezen versek Salzburgban születtek volna, noha számos *carmen* esetén ez valószínűtlen, illetve bizonyíthatóan valótlan, ugyanakkor valamennyi, e cím alatt összefoglalt vers kötődik valamilyen módon Salzburghoz, hiszen a nem ott keletkezettek is Salzburgról és püspökeiről/érsekeiről szólnak, gyakorta vers formájában írott levélként. A költői tevékenység salzburgi fellendülése kétségkívül Arn 798-ban történt érsekké válásához és a frank uralkodó bizalmas környezetéhez tartozó Alcuinnal fenntartott barátságához köthető. A *Carmina Salisburgensia* darabjain végigtekintve megállapíthatjuk, kivétel nélkül valamennyi gyakorlati cézzal született, az ún. *Gebrauchspoésie* körébe tartozik. A *Carmina Salisburgensia* darabjairól a nagyfokú színvonalbeli különbségek ellenére megállapítható, hogy nem maradnak alatta a Karoling-birodalom általános nyelvi nívójának. Lukas Wolfinger meggyőzően cáfolta Ernst Dümmlernek a *Carmina Salisburgensiá*ban fellelhető antik reminiscenciákra vonatkozó téziseit. A Dümmler valószínűsítette, Vergiliustól és Ovidiustól származtatott átvételek kapcsán rámutatott arra, hogy e fordulatok nem feltétlenül vezethetők vissza az említett klasszikus *auctorok* kiemelkedően elmélyült ismeretére, hanem éppúgy – sőt, valószínűbben – származhattak Venantius Fortunatus, Aldhelm vagy Alcuin munkásságából.

Novák Ádám

Az Európai Bíróság a neofunkcionalizmus tükrében

Bevezető

„ A még élő neofunkcionalistákat talán már a kihalás veszélyezteti, de gondolkodásuk önmagában nagyon is él, még akkor is, ha más „elméleti faj” címkéjét viseli”

(Philippe C. Schmitter)

A regionális integrációra, szűkebben az európai integrációs teoretikus gondolkodásra minden bizonnyal az egyik legmaradandóbb - ha nem a legjelentősebb - hatást a neofunkcionalista irányzat gyakorolta és gyakorolja mindmáig. Bár az irányzat, születése óta jelentős fejlődésen ment keresztül, ezzel együtt premisszái is jelentősen átalakultak, elméleti alapvetéseit, (amelyek részben a funkcionalizmusban gyökereznek) és az integráció nemzeteket átívelő társadalmi szabályszerűségeit ma is következetesen bizonyítani tudja.

Voltak viszont időszakok mikor maga az elmélet megalkotója, Ernst B. Haas vélekedett pesszimistán saját gondolatairól, vagy mikor maga az integrációs folyamat látszott cserbenhagyni az irányzat logikáját.

Mindazonáltal, ahogy az idézet is tartja, a neofunkcionalista irányvonal jellegzetességei, ha nem is az eredetileg elképzelt forgatókönyv szerint, és kevésbé koherens módon, de mindenképp fellelhetők a mai közösségi történésekben.

Dolgozatomban egy viszonylag fiatal kutatási területet, a közösségi jogi integrációt és egyben az Európai Bíróság működése által befolyásolt folyamatokat vizsgálom. A téma, amely a neo-neofunkcionalisták mellett nemcsak a legalistákat vagy a kormányköziség híveit, hanem az ún. racionális intézményelvűség (*rational-choice institutionalists*)¹ képviselőit is megérintette, különös figyelmet érdemel.

Dolgozatom elsősorban két, egymással összefüggésben álló jelenséget kíván bizonyítani. Egyrészt azt, hogy a neofunkcionalisták összetett érvrendszere, és az integráció dinamizmusát jellemző premisszáik komplexitásukban teljesülnek a közösségi jogi integráció által meghatározott dimenzióban. Ennek bizonyításához kiemelek három neofunkcionalista hipotézist, és alátámasztom azok jogi integrációval kapcsolatos érvényességét. A dolgozatom – mivel összetettségében koncentrálni a jogi integráció neofunkcionalista jegyeire – lehetőséget nyújt arra, hogy a vizsgált terület jellegzetességeit a Haasi gondolatmenettel összevegyjük, abból következtetéseket vonjunk le.

Dolgozatom másik célja, hogy felhasználva a neofunkcionalista szemléletet, rámutassak az Európai Bíróság azon intézményi és működésbeli jellemzőire, melyek hozzájárultak ahhoz, hogy sikeres „intézményi ügynökké” és az integráció meghatározó motorjává váljon. Érvélem szerint a Bíróság sikerességét olyan tényezők tették lehetővé, melyek a jog sajátos logikájából erednek. Ezzel a tézissel - amellyel, hogy neofunkcionalista szempontból is igazolni tudom a testület működését - magyarázattal szolgálhatok a Bíróság viszonylagos sikerességére

¹ Lásd: Geoffrey Garrett.(1995)
George Tsebelis – Geoffrey Garrett.(2001)

is, olyan, főként „politikai logikán” alapuló közösségi testületekkel szemben, mint az Európai Bizottság vagy az Európai Parlament.

Hangsúlyozom, dolgozatom megközelítése nem jogi, sokkal inkább politikatudományi megközelítésen alapul. Az első részben egy elméleti bevezetést adok az irányzat alapvonalairól, és főbb módosulásairól. Ez az alapvetés alkalmas arra, hogy általa megjelöljek három, neofunkcionalista dinamikát érzékeltető premisszát (*a spillover effektust* –és az általa előidézett, a tagállamok számára előre nem látható következményeket₁; a szupranacionális szervezetek relatív intézményi önállóságát₂; a regionális társadalom résztvevőinek a közösségi intézmények irányába megváltozó lojalitását₃). Továbbá itt fogalmazom meg a közösségi jogi integrációról kialakított saját hipotézisemet is, mely érvényességét a közbenső leíró szekciók fogják bizonyítani.

A téma központi részét képező fejezetek (III.1-3;IV) az Európai Bíróság működésének kezdeti, szerződések által biztosított, majd pedig későbbi, aktivizmusa által átalakított működési keretére koncentrálnak. Fontos kihangsúlyozni az eltelt időszak alatt bekövetkezett hatásköri változásokat, különösen a nemzeti bíróságokkal kiépített együttműködés folyamatát az előzetes döntéshozatali mechanizmuson keresztül. A közbenső részek érvelése maga implicit megfelel a neofunkcionalista felfogásnak, illetve tükrözi az általam kiválasztott három domináns neofunkcionalista jegyet.

A dolgozat IV. fejezete egy ügynök/megbízó sémából (*principal/agent perspective*) kiindulva mutatja be a Bíróság azon működési, intézményi tulajdonságait, melyek alapján sikeres ún. „ügynöknek” tekinthetjük. A Bíróság, mint intézményi ügynök sikeressége alatt részben a tagállami akaratokkal szembeni relatív önállóságát, részben pedig pragmatista neofunkcionalista működésének konzekvens megőrzését értem. A felsorakoztatott érvek is ezt az értelmezést követik.

Az általam választott téma jelentősége abban áll, hogy egy olyan területet dolgoz fel, amely izoláltsága miatt nem képezheti politikai érdekek, politikai befolyásolás tárgyát - pusztán szakmai létének kiteljesítése által mégis képes olyan, elsősorban politikai alapon szerveződő vállalkozások konszolidálására, mint az európai integráció. Ez pedig nem mást igazol, mint a neofunkcionalizmus technokráciába vetett hitét.

II. A neofunkcionalista elmélet összetevői, történeti háttére

A neofunkcionalizmus az ún. „nagy elméletek” csoportjába tartozik, és progresszív kihívást, igazi alternatívát jelentett a föderalisták számára, az integráció hajnalán. A teória magját is ebből a föderalizmus melletti alternatív szemléletből érthetjük meg legjobban. Ehhez viszont szemügyre kell vennünk a funkcionalista elméleti előzményeket.

...”Az államokat csakis akkor köthetjük össze egyazon nemzetközi közösségé, ha kötőerőként is épp azt használjuk, ami közös bennük, nem pedig azt, ami megosztja őket...”² David Mitrany gondolata többszörösen is szemlélteti, miben kínál merőben más nézőpontot a föderalisták ellenében. Egyrészt rámutat egy az elmélet által kitűzött optimális célra, mely nem más, mint a nemzetközi közösségiség. Másrészt pedig utal a cél elérését szolgáló eszközökre is, amelyek főként a pragmatizmuson, a technokratikus elit-viselkedésen és az emberi kreativitás kibontakoztatásán alapulnak. Ugyanakkor azért érdemes feleleveníteni Mitrany-t mert valójában nála találjuk meg a funkcionalista látásmód társadalmi mibenlétét, néha már filozófiai mélységekben.

A funkcionalizmus szerint az ember alapvetően kreatív és kreativitásában más népekkel együttműködni képes. Azonban a történelmi nemzethatárok megjelenése kis csoportokká izolálta az egykor még kooperatív „nagy társadalmat”, megszüntette az emberek motivációit abban, hogy a máshol élőkkel azonosuljanak, problémáikat közösen kezeljék. Ezzel gátat szabott az emberiség önkiteljesedésnek, ami a kreativitás legfőbb előfeltétele. A feladatok átpolitizálódtak, megoldásuk egyre feszültségterhesebbé vált. A nemzetközi kapcsolatokban a nemzetállami preferenciák: a biztonság elérése, valamint a jog és a rend fenntartásának igénye, funkcionalista szemmel egy degradált, korlátozott állapot. Igazi előrehaladást és kreativitást egy „pozitív célokra törekvő, a magát jóléti szolgáltatásokkal azonosító (nemzetközi) együttműködés” jelenthetne... „az emberek életét és nem csupán egyfajta rendet szolgáló eszközként.”³ Az együttműködést, ami egyúttal a békére törekvés szándékát is kifejezi - Mitrany szerint - nem egy statikus és kívülről tervezett mederben kell megalkotni, hanem egy nagyon is aktív, társadalom-orientált alapon, amely végeredményben egyet jelentene a „legtágabb értelemben vett szociális biztonsággal”⁴. Tehát a progresszivitás lehetőségét mindenképp magában a társadalomban, a társadalmi problémákban kell keresnünk úgy, hogy a lehető legnagyobb mértékben realizálhatóvá tesszük az ún. *kreatív* vagy jóléti eredményeket oly módon,

- hogy biztosítjuk a szélesebb nemzetközi *együttműködés* kereteit, azáltal
- hogy kizárjuk a kooperációt akadályozó, feszültségterhes, *politikai probléma-megoldást*.
- Az elmélet ezzel alternatívát kínált egy működőképes nemzetközi *békekonstrukcióra* (*Working Peace*) és a nemzetközi társadalomban *specifikusan* felmerülő problémákra egyaránt.

Mindezek után a funkcionalisták könnyen megtalálták a kritizálható pontokat, a föderalisták érvelésében. Az átpolitizáltság jelensége a nemzeti autoritások szövetségi szintre emelésével fokozottan jelentkezne. Egy ilyen föderációban az államokat csak igazán megosztó, politikai-vetületű konfliktusgóc magasabb szintre emelését látták. A funkcionalizmust már ekkor is dinamizmusa különböztette meg az alkotmányozást célul tűző föderalizmustól. Statikus konstrukció helyett egy progresszív, a változó társadalmi igényeket leképező formát vett alapul. A föderalisták érvelése viszont sekélyes maradt a különböző autoritások rendeltetését illetően és inkább az autoritások személyi kérdését tették vita tárgyává.

² Haas idézi Mitranyt, Mitrany.(1948) 359.o.

³ David Mitrany.(1963) 51.o.

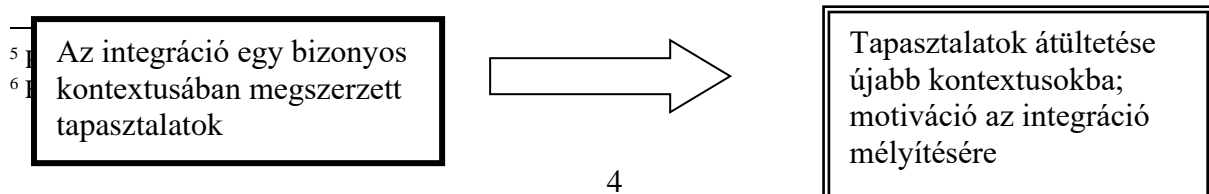
⁴Uo. 51.o.

A funkcionalisták pontosan emiatt hangsúlyozták a semleges, egyes önálló feladatok köré szerveződő problémamegoldás receptjét. A technokratikus vezetés és hozzáállás a megbízható és hatékony működés garanciája. Álláspontjuk szerint, az államokat úgy lehet a leghatékonyabban együttműködésre bírni, ha olyan területeket vonunk közös kezelés alá, amelyek a legkevésbé képezik a nemzeti szuverenitás tárgyát. Bár természetesen nem létezik olyan terület, amely a résztvevők autoritásának legalább a legcsekélyebb feladását ne kívánná meg: éppen ezért emeli ki Philippe Schmitter a kooperáció ezen kezdeti lépéseinek fontosságát és összetettségét. Amellett hogy a kérdéses terület közös igazgatása a résztvevők maximális bizalmát élvezzi, fontos, hogy a tagállamok az együttműködésből elégséges profitra is szert tegyenek, a szuverenitásuk kárpótlásaként.⁵

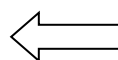
A funkcionalista koncepció szerint az egységbe kovácsolódás egy olyan progresszív folyamat, amelyet funkcionális szervek létrejötte mentén modellezhetünk, univerzális méretekben gondolkodva. Az új intézmények formáját a funkcióik adnák. A folyamat dinamikája pedig ismételten a társadalomhoz köthető, ahol a közösségiség feléledése, az együttes érdekek felismerése az együttes problémamegoldásra irányítja figyelmüket. Mivel ezen feladatok megoldása a közös szervek reszortja, automatikussá válik az igény, hogy minél több ügyet és hatáskört a közösségi szintre rendeljenek.

Az elmélet magyarázóképesége azonban a nemzetek-feletti szervek erőviszonyainak változásait illetően meglehetősen gyengének bizonyult. A tökéletesítés feladatát a nagy klasszikus, Ernst B. Haas végezte el. Az elődje által hátrahagyott szürke foltok kitöltése közvetve vagy közvetlenül, egy új jelenség az ún. „spill-over”(átcsordulás) effektus bevezetéséhez köthető.

Haas vitatja, hogy az egyes közösségi ügyeket feltétlenül depolitizálni kellene, vagy egyáltalán lehetne: „A szociális jólét és a hatalom korántsem elválaszthatóak. Valójában a jóléti intézkedések elérését célzó lépések, csakis tisztán politikai döntések keretében születhetnek meg”⁶. A közös döntések tehát diffúz tartalommal bírnak, így hosszú távon nem zárják ki a központi szervek átpolitizálhatóságát sem, megnyitva az utat a politikai integráció felé. Az *átcsordulás*, amely lényegileg a közös ügyek öngerjesztő expanzív tulajdonságát szemlélteti, nem univerzális folyamat. Ellentétben a funkcionalizmussal, ez regionális dimenziót, és a gazdaságok egymástól való nagyfokú függését feltételezi. Az integráció dinamikája így már nem csupán társadalomfüggő lesz, hanem endogén logikává is válik. Egy újabb terület kooperációba bevonása, *előre nem látható* belső, technikai okok miatt válhat szükségsszerűvé, annak érdekében, hogy ne sérüljön az előzetesen kitűzött cél megvalósulása vagy, hogy az új kontextus nyújtotta, relevánsnak vélt újabb lehetőségek is formát kaphassanak (megvalósulhassanak). A legtöbb irodalom kiemeli a neofunkcionalisták újítását a dinamizmus egy másik elemét illetően: az elitek viselkedésével kapcsolatban.



Feltétel_b: pusztán az elsajátított *döntéshozatali mechanizmusok, normák* által létrejött konszenzus elégséges az új területek felé nyitáshoz.



1. ábra: A tanulási folyamat egy aspektusa – Ernst B. Haas alapján (“*Beyond the nation state*” 1968)

A Haasi logikából kivonatolt ábra a tanulás egyik olyan forгатókönyvét szemlélteti, mely által progresszívvé válhat az együttműködés, pusztán az egyezményes mechanizmusok univerzális, más területekre átültetett gyakorlása folytán. Természetesen nem csak az elitek viselkedése módosulhat a tanulás folyamatán keresztül, hanem az egyes államok érdekei is megváltozhatnak az együttműködés során.

Azonban, mint ahogy azt később látni fogjuk, a társadalom szintjén jelentkező, átalakulást indukáló hatások - melyeket nevezhetünk tanulásnak, de kifejezőbb a politikai elvárások és lojalítások reorientációjáról beszélni - legalább ennyire progresszív erejűek. „A személyes politikai lojalitás a kormány egyes funkcióinak működésével kapcsolatosan kialakított megelégedettség hozadéka. Mivel az egyéni szereplők több funkció vagy rendeltetést betöltő szerv felé is lojálisak lehetnek egy időben, a nemzetközi szervek is a lojalitás fokozatos tárgyát képezik majd”⁷. A nemzetek felett álló szervek, és a tágran értelmezendő regionális társadalom viszonyában, ilyen minőségű kapcsolat létrejötte az integráció relatíve magas fokát tetelezi fel. Ugyanakkor egyfajta sorrendiséget kell megfigyelnünk az integráció egyes fázisai között, amíg az említett, lojalitáson alapuló kapcsolat végül kialakulhat: a közösségi együttműködés

⁷ Haas.(1968) 49.o. /saját fordításban/

nyújtotta kézzelfogható eredmények, egyúttal a szupranacionális intézmények stabil, sikeres működése szükségeltetik ahhoz, hogy a nemzeti vagy szubnacionális szereplők látókörében az állami autoritások mellett a nemzetközi szervek is az „elvárások címzettjeivé” válhassanak.

Haas így több szempontból is működőképesebbé, az európai regionális együttműködésbe szervesen illeszkedővé tette a neofunkcionalizmust. Azáltal, hogy belső dinamikával ruházta fel a történéseket, sikeresen állított alternatívát a statikusnak, mesterségesen konstruálnak értékelt föderalista álláspont ellenében. Teljesebbé vált az a kép, amit Schmitter évekkel később a két irányzat ismeretelméleti különbözőségének nevezett - az államközi kooperáció kialakulását illetően: eszerint a föderalizmust ún. „*drámai politikai események*” jellemzik, a neofunkcionalizmus viszont „*szocio-gazdasági-kulturális*” interakciók mentén modellezhető legjobban.⁸

Az Európai Gazdasági Közösség válsága az 1960-as években, az integráció megtorpanása aggályokkal töltötte el Haast. A Luxemburgi-kompromisszum előidézte szituációban megrendülni látta az egykor minőségileg magasabbnak rendűnek tételezett európai együttműködést. Riasztotta, hogy a már-már a francia külpolitika eszközévé degradált egység visszazuhanhat kezdeti nacionalista és agresszív formájába.⁹

Szintúgy megrendülni látszottak a spill-over automatizmusába fektetett nagy tervek. Az egész inkább tűnhetett egy valószínű, mintsem determinisztikus jelenségnek. Éppen emiatt a figyelem súlypontja a regionális egymásrautaltság helyett a szupranacionalitás, a közösségi intézmények felé tolodott. Jelenlétükkel ők segíthetik majd a kormányközi együttműködést, az eltérő politikai szándékok közös mederbe terelésével.¹⁰

A szupranacionalitás az irányzat nemcsak meghatározó elemét, hanem egyik új dinamikáját is képezi. A közösségi intézmények sajátos önállósága, sokszor a tagállamok akaratával szembenálló viselkedése a neofunkcionalizmusban következetesen védett álláspont. „Ez a fajta nemzetek felett álló önállóság elengedhetetlen, a neofunkcionalista gondolkodás megértéséhez, amely az egész integrációs folyamatot önfenntartónak, és sokszor előre nem látott visszacsatolásokon alapulónak tartja. Igazából az egész Európai Unió, olyan egyedülállóan fontosnak tartott elemével foglalkozunk itt, ami magyarázattal szolgálhat az EU komparatív sikerességére, más nemzetközi szervezetekhez képest”.¹¹

Az 1960-as és '70-es évek stagnálását végül a 1986-ban megszülető Egységes Európai Okmány (EEO) törte meg. Schmitter részletesen elemzi azokat a különlegesnek mondható világpolitikai és közösségbeli körülményeket, melyek következményeit nemcsak neofunkcionalista, hanem más irányzatok eszköztárával sem lehetett teljes bizonyossággal előre jelezni, és amelyek végül újabb lendületet kölcsönöztek az integráció folyamatának.¹² Az EEO által elindított lavina a későbbi Maastrichti, Amszterdami és Nizzai Szerződésben csúcsosodott ki. Az egységes piac teljesítésének 1992-es határterve, ismét felszínre hozott egy sor egymással szorosan összefüggő szakpolitikai kérdéskört, növelve az interdependencia jelentőségét és teret nyitva a funkcionális gyakorlatnak. Pozitív átértelmezést kapott a közösségi autoritás fogalma, a regionális társadalom résztvevői pedig újult erővel mobilizálódhattak. Tehát az egykor elavulni látszó elmélet mégsem bizonyult használhatatlannak.

A politikatudomány és a neofunkcionalisták érdeklődése a '90-es évektől kezdődően egy eddig még kiaknázatlan terület, a közösségi jogi integráció felé fordult. Bár jog és politika kapcsolata a politológusok klasszikus vizsgálati terepét képezi, az EU tanulmányokat illetően ez a kontextus ez idáig csekély figyelmet kapott. Azonban mielőtt kiemelném azokat a támpontokat, melyek segítségével a közösségi jogi integráció egyes összetevőit vázolom,

⁸ Philippe C. Schmitter.(2004) 47.o.

⁹ Philippe C. Schmitter.(2005)

¹⁰ David Mutimer.(1994)

¹¹ Andrew Moravcsik.(1998) 54.o. /saját ford./

¹² Schmitter.(2005) 8-11.o.

szeretném felhívni a figyelmet egy talán triviálisnak tűnő, mégis kulcsfontosságú alapvetésre a neofunkcionalizmus és a jog összefüggésében. Grainne de Búrca írja le a hangsúlyos megkülönböztetést a *jogi integráció* és a *jogon keresztüli integráció* között, egyértelműen a neofunkcionalisták terrénumába utalva az utóbbit. Érvelése szerint „a neofunkcionalisták szélesebb jogi perspektívája nemcsak arra keres választ, hogy milyen módon jött létre a közösségi jogi integritás, hanem arra is, hogy a teória mennyire tulajdonít fontos szerepet a jogi integrációnak a politikai egységesülés hosszú folyamatában”.¹³

A feljebb felvázolt rövid, elméleti áttekintő alkalmas arra, hogy kiemeljünk három a neofunkcionalista dinamikát relevánsan szemléltető megállapítást, hogy azt később, vonatkoztatási keretként használjuk.

1. A 'spillover' belső logikája, amely a közösségi kezelés alá vont egyes területek saját szférájukon belüli, illetve más területekre is kiható terjeszkedő tulajdonságát szemlélteti. Ez az expanzív hatás a szűken vett közösségi ügyek funkcionális kapcsolatán, tágabb értelemben a tagállami gazdaságok egymástól való függésén alapul (regionális interdependencia). Azonban a jelenség a tagállamok szemszögéből vizsgálva legtöbbször *előre nem számított következményeket* vonz magával.
2. *Jelentős a szupranacionális intézmények önállósága.* A közösségi intézményeknek, fontos, az integrációt előmozdító szerepet tulajdonítottunk. Az önállóság akár a tagállami érdekekkel szemben is érvényre jut. A közösségi (egyesek szerint saját intézményi) érdekek előnyt élveznek.
3. *A lojalítások, és elvárások reorientálódnak, és kapcsolat épül ki a közösségi szint és a nemzetállam alatti szintek - az ún. 'regionális társadalom' - résztvevői közt.* Az ilyen viszony kialakulását a klasszikus neofunkcionalizmus egy hosszan tartó folyamat végtermékének feltételezi, az integráció egy minőségileg magasabb fázisában.

Hipotézisem szerint, a fent említett, az integráció dinamikáját szemléltető három megállapítás mindegyike teljesül a jogi integráció és az Európai Bíróság által meghatározott dimenzióban. Továbbá azt is állítom, hogy ezen szféra értékelésekor, a harmadik összetevőt – *a lojalítások és elvárások reorientációját* – illetően módosítanunk kell az elmélet hagyományos feltételezéseit: azt, hogy a kapcsolat kiépülése *belső* logikán alapul és az *integráció magas* fokát feltételezi. Esetünkben a kapcsolat kiépülése *külső*, motivált és tudatos tevékenység eredménye (a Bíróság részéről), amely az *integráció egy alacsonyabb fokán* is képes volt megteremtődni.

¹³ Grainne de Búrca.(2005) 5.o.

III. Az Európai Bíróság

A politikatudomány valószínűleg a nemzetközi kapcsolatokban egyeduralkodó realista nézőpont miatt nem szentelt kellő figyelmet az Európai Bíróság (továbbiakban: Bíróság) és bíraskodás folyamatainak az elmúlt évtizedekben¹⁴. A realista felfogás kizárja, hogy az egyszerű, nemzetközi rezsimekként működő szupranacionális intézmények a szuverén államok akaratától független, preferenciáiktól eltérő magatartást kényszerítsenek ki az integrációban. Ahhoz, hogy ennek ellenkezőjét bizonyítani tudjuk, lényegileg arra kell magyarázatot adnunk, milyen módon sikerült jelen esetben az Európai Bíróságnak neofunkcionalista közösségi szervként viselkednie, diszkrecionális utat törve magának a tagállami akaratok fogságából.

A jelenséget részben történeti perspektívában vizsgálom, kiemelve azt, hogy az eredeti rendeltetését átértelmező Bíróság, hogyan válhatott az integráció egyik motorjává, úgy, hogy eközben legitimitását megőrizte. A történeti perspektíva kulcstényezőjéül az előzetes döntéshozatali eljárás Bíróság általi átformálását választottam. Ez a jelenség érvelésem fontos csomópontját képezi. Egyszerre bizonyítéka a Bíróság jogkörkiterjesztő aktivizmusának és támasztja alá hipotézisemet, mely szerint a nemzeti bíróságok tudatos bevonása nélkül – lásd: *Működőképes kapcsolat az Európai Bíróság és a nemzeti bíróságok között – a hipotézis értékelése (III.3. alfejezet)* – működésképtelen maradt volna az újonnan kiépített mechanizmus.

Az átalakított előzetes döntéshozatali eljárás azonban egy még fontosabb jelenségre is felhívja a figyelmünket. Absztraktabb szinten a politika és a jog eltérő logikájáról van szó. Ez a sajátos logika az, amely jórészt magyarázatul szolgálhat azokra a változásokra, melyek a Bíróság sajátos aktivizmusának termékei, és amely változásokkal a tagállamok és a döntéshozó politikusok előzetesen nem számolhattak.

A következő alfejezetek során az előzetes döntéshozatali eljárás átalakítását középpontba emelve bebizonyítom három neofunkcionalista tézisem érvényességét. Azt, hogy a Bíróság sajátos aktivizmusa segítségével sikeresen növelte jogkörét, olyan későbbi következményekkel szembesítve a tagállamokat, melyekkel a szerződések megkötésekor nem is számoltak. Valamint azt, hogy a Bíróság aktivizmusa csakis a nemzeti bíróságokkal kialakult szorosabb kapcsolat révén teljesezhető ki. Eme kapcsolat feltételezi, hogy a nemzeti bírói testületek tevékenységükben nem a tagállami, hanem az Európai Bíróság által preferált érdekeket részesítsék előnyben- kialakítva ezzel egy újfajta lojalitást a Bíróság, mint közösségi szerv irányába.

III.1 A szerződések árnyékában

Vizsgálódásunk szempontjából azért fontos legalább vázlatosan szemügyre vennünk az alapító szerződések Bíróságra vonatkozó rendelkezéseit, mert így lehetőségünk nyílik összehasonlítani kezdeti mozgásterét (a szerződő tagállamok szándékait) és a sajátos jogfejlesztő aktivizmusának eredményeként született új, megnövekedett mozgásteret.

A közösségi alapító szerződések logikus, és szükségszerű elgondolása volt a bírói fórum létrehozása. Az integrációs modell nemcsak új nemzetközi intézményi struktúrával rendelkezett, de az autonóm jogrendszer kialakításának ambícióját is dédelgette. Emellett a közösségi tagságból eredő kötelezettségek és a közösségi aktusok végrehajtása elengedhetlenné tette az európai bíraskodás kialakítását. Az uniós jog érvényesítésében azonban nemcsak a közösségi, hanem a nemzeti bíróságok is részt vállalnak, ezzel növelve a jogalkalmazás hatékonyságát.¹⁵

¹⁴ Walter Mattli-Anne Marie Slaughter.(1998)

¹⁵ Kende Tamás-Szűcs Tamás.(2006)

Mint minden közösségi intézmény esetében, a Bíróság felállításáról is az alapító szerződés rendelkezett. Az Európai Szén- és Acélközösséget (ESZAK) létrehozó Párizsi Szerződés egyedi megbízással ruházta fel a Bíróságot. A francia Conseil d'Etat nyomán – amely a francia kormány hatáskörbéli túlkapásait volt hivatott ellenőrizni – a Bíróság elsősorban a közösségi intézmények, kifejezetten a Bizottság, hatalmának kordában tartásával lett megbízva.¹⁶ A Római Szerződéssel (RSZ) annyiban módosult helyzete, hogy a szerződő felek megvonták tőle a szankcionálás lehetőségét, mely az ESZAK- értelmében még mindkét közösségi intézmény (Bíróság, Főhatóság) eszköze volt. Így a Bíróság mandátuma - a szerződések szerint – elméletileg három korlátozott funkció betöltésére terjedt ki:

- a közösségi autoritások korlátozása - elsősorban a Bizottság hatásköri túlkapásainak megakadályozása;
- a szerződések tisztázatlan részeinek értelmezése;
- a rendelkezéseket nem teljesítők ellen a Bizottság vagy a tagállamok által indított szabálysértési eljárások esetében a döntő bírászkodás.: itt fontos hangsúlyozni a döntő bírói szerep korlátolt mivoltát, ugyanis a közösség egyértelműen a Bizottságot tette meg a szerződések ún. „örévé”, és rendelte illetékességébe a szerződési joghelyek másodlagos jogalkotással való kitöltését a fontosabb területeken, (versenypolitika, közös agrárpolitika vagy a közös piacot illetően) a nemzeti közigazgatással együttműködve. Ilyen feltételek mellett csak a rendelkezések értelmezésével kapcsolatos felmerülő, tagállamok és cégek közti vagy a Bizottság és tagállamok közti viták eldöntésében kapott mediátor szerepet a Bíróság.

A hatáskörök vizsgálatakor fontos kiemelnünk a tényt, hogy a szerződések alapján a Bíróság nem vagy csak igen korlátozottan gyakorolhatott ellenőrzési funkciót a közösségi jogszabályok életbeléptetése kapcsán.

A RSZ rendelkezett még az ún. „előzetes döntéshozatali eljárás” megalapozásáról, mely egyrészt szavatolja a jogalkalmazás egységét a közösségen belül, másrészt, ez az eljárás vált az egyéni jogérvényesítés sarokkövévé.¹⁷ „A RSZ 234. cikke értelmében a nemzeti bíróságok, amennyiben úgy ítélik meg, hogy az előttük lévő ügy a közösségi jog érvényességével és értelmezésével kapcsolatos problémát vet fel, kérdést utalhatnak az Európai Bírósághoz, mely az előzetes döntéshozatali eljárás keretében megválaszolj azt”.¹⁸ Az eredeti szándék alapján az eljárás csupán a nemzeti bíróságoknak szolgált volna segítségül a jogértelmezésben. Az Európai Bíróság azonban ezt az eljárást a közösségi jogalkalmazás (a tagállamok közösségi jogalkalmazása) hathatósabb, központi ellenőrzésére használta fel.

Korábban már említettük, mennyire fontos szerepet töltenek be a nemzeti bíróságok a közösségi jogalkalmazás hatékonnyá tételében. A Bíróság jogkörkiterjesztő manőverei alapvetően a nemzeti szint bíróságait használták fel annak érdekében, hogy szélesebb, a szerződések által explicit nem biztosított funkciókat alkosson magának.

¹⁶ Karen J. Alter.(1998)

¹⁷ Kende Tamás-Szűcs Tamás.(2006)

¹⁸ Uo. 465.o.

III.2 Az Európai Bíróság, a nemzeti bíróságok és az átalakított előzetes döntéshozatali eljárás

A Bíróság integrációban betöltött szerepét, és hatásköreit tagláló tanulmányok jelentős része már próbál kilépni a jelenségek koherens (neofunkcionalista, kormányközi) elméleti szemszögből való elemzéséből, és inkább ún. „közép-szintű (*meso-level*)” teóriákkal és a szereplői interakciók pontosabb modellezésével, a folyamatok elemekre bontásával kísérleteznek.¹⁹

Azonban, kivétel nélkül döntő jelentőséget tulajdonítanak egy momentumnak: a közösségi szint nemzeti szintbe való beférkőzésének, az előzetes döntéshozatali mechanizmus átalakításán keresztül. Röviden arról van szó, hogy amit a szerződések a Bíróságnak központi szinten nem biztosítottak – a jogalkalmazás központi ellenőrzését²⁰ – azt aktivizmusa által sikerült helyettesítenie a nemzeti szinteken felépített, decentralizált kényszerítő mechanizmussal.

A Bíróság joggyakorlatának jelentős részét teszik ki az előzetes döntéshozatali eljárások. A közösségi jog alkotmányos jellegét alakító doktrinák nagy része is ebben a formában jött létre.²¹ Elemzésünk szempontjából két ilyen doktrina megalkotása bír fontossággal. Mindkettő a de Gaulle által fémjelzett időszakban született. Egy 1963-as döntéssel az ún. *közvetlen hatály elvét* (Van Gend en Loos- ügy), egy évvel később a Costa v. Enel ügy kapcsán pedig a *közösségi jog felsőbbségét* állapították meg. Az első az egyének számára, a nemzeti bíróságokon is érvényesíthető közösségi jogalapot adott. A második a nemzeti bíróságok felelősségét írta elő a közösségi jog elsőbrendű alkalmazására a kérdéses nemzeti jog felett.

Ez a két doktrina az előzetes döntéshozatali eljárást – a nemzeti bíróságok ’ jogértelmezési mankóját’ – valódi perlési eljárássá alakította. A korábban kizárólag a nemzeti bíróságok vitáiban, bizonytalanságaiban működő mechanizmus immár lehetővé tette - a perlésen keresztül - hogy akár magánszemélyek is az uniós jogra hivatkozva, változást eszközöljenek ki a nemzeti joganyagban.²² Nem szabad elfelejtenünk, hogy a Luxemburgi időszak stagnáló tanácsai munkája miatt, a másodlagos jogforrások híján, a Bírósági munka kénytelen volt a szerződések rendelkezéseire támaszkodni. A perlések nélkül a különböző ügyek nem kerültek volna a nemzeti bíróságok, közvetve pedig az Európai Bíróság jogértelmezése elé. Ily módon a közösségi jogalkotás benuvultsága ellenére, a Bíróság képes volt továbbra is életben tartani a jogi integráció folyamatát.

Az új mechanizmus hatásosabban lépett fel a vonakodó tagállamok ellen, akik jogaik kívüli eszközeikkel:

- a döntések legitimitásának megkérdőjelezésével
- a nemzeti közigazgatás ösztönzésével a Bírói gyakorlat ignorálására illetve,
- a jogszabályok egyszerű be nem-tartásával,

addig meg tudták kerülni a sokszor költségekkel járó jogkövető, szabálybetartó magatartást. Ezek után a hasonló eszközök jórészt hatástalannak bizonyultak, hiszen a Bíróság a perlési mechanizmus által már a nemzeti szintű igazságszolgáltatás támogatását élvezte. A kormányok

¹⁹ Lásd: Anne Marie Slaughter-Walter Mattli.(1998)

Karen J. Alter: (1998,2000)

²⁰ Ez alatt a fogalom alatt (*judicial review*) az egyes tagállamok közösségi joggal kapcsolatos jogalkalmazói tevékenységének alkotmánybíróshoz hasonló kontrollját, normakontrollját értem. Eme kontroll során fény derülhet a közösségi joganyag tagállamok általi hiányos vagy tökéletlen tagállami implementálására.

²¹ Kende-Szücs (2006)

²² „A tagállamok eredeti szándéka szerint az eljárás nem biztosított volna olyan mechanizmust, mely segítségével uniós állampolgárok saját tagállamukat perelhették volna, még kevésbé kívánták a nemzeti bíróságokat törvény felülvizsgálati jogosítványokkal felruházni. Mindkét jelenség az Európai Bíróság sajátos felfogásának eredménye, mely az Európai Közösségen alkotmányos entitást ért.” (Shapiro-Stone Sweet.(2002) 264.o.)

rakényszerültek, hogy „kifogásaikat eztán jogi megfogalmazásba öntsék a bírói kar meggyőzésére”.²³

Joggal merül fel a kérdés, hogy az egykor a Bíróságot teljesen más szerepkörre megálmodó tagállamok, miért nem léptek fel mikor kezdeti érdekeik csorbulását tapasztalták? Ellentmondást ebben az esetben nem kell feltételeznünk, sokkal inkább egyfajta stratégiai tervezés és a politikusok és jogászok eltérő időbeli horizontjai állnak a háttérben. Ahogy Karen J. Alter kifejti: az időt eltérően kezelő politikusi és bírói látásmódok, más preferenciákat generálnak az egyes jogi esetek megítélését illetően is. Alter úgy érvel, hogy a politika és a politikusok 'rövidlátók', mert választóikat kénytelenek kiszolgálni, és igyekeznek hivatalukat is minél tovább megtartani. Ezért hajlamosak csak a materiális vonatkozásokra koncentrálni, és óvni minden materiális célt szolgáló erőfeszítést – beleértve a közös piac tervét is. A politika viszont így hajlamos átsiklani olyan hosszú-távon kialakuló, nem feltétlen anyagi vonzatú jelenségeken, mint például egy jogi doktrína megalapozása. A Bíróság kihasználta a rövid-távú, materiális politikai látószöveget és lefektetett alapelveket, de, hogy rövid távon ne okozzon vele politikai feszültségeket, azokat nem használta fel materiális szankciókhoz. A Bizottság együttműködését élvezve, a szabálysértési eljárásokban olyan ügyeket dolgoztak fel sikeresen, amelyek rövid-távú politikai érdekekbe nem ütköztek, viszont hosszú távon segítettek a bírói doktrinák megszilárdításában.²⁴

Fontos leszögeznünk, hogy a dolgozat - egyedi érdeklődési köre miatt - csupán a közösség alkotmányos jellegét megalapozó *alapvető* doktrinák leírására szorítkozik. A Stone Sweet és Brunell által definiált bírói alkotmányozási folyamatban, az Európai Bíróság több szakaszban és számos egyéb doktrinán keresztül segítette a nemzeti bíróságokat a közösségi jog betartatásának még hatékonyabb biztosításában.²⁵

Hosszabb távon a folyamat közvetett eredménye egy részletesebben kifejtett közösségi joganyag, hatékonyabban kikényszeríthető közösségi jogalkalmazással. Bár a következmények többszörösen szembementek a tagállamok akaratával, a Bíróság neofunkcionalista szempontból igazolódott, hiszen a közösségi érdekeket részesítette előnyben a tagállamival szemben, úgy hogy közben politikailag feddhetetlen maradt. A neofunkcionális dimenzió és az integráció sikeressége ugyanis attól függ, hogy az aktuális terület mennyire képes megmaradni depolitizált, pragmatista jellegében.²⁶

III.3. Működőképes kapcsolat az Európai Bíróság és nemzeti bíróságok között – a hipotézis értékelése

Azonban, annak érdekében, hogy a Bíróság valóban működő rendszert alkothasson meg, a jogalkalmazás ellenőrzését de facto végző, nemzeti szinttel kellett gyümölcsöző kapcsolatot kiépítenie. Ez részben az előzetes döntéshozatali eljárás átalakításával megtörtént. A perlési folyamat résztvevőit, az ügyek legfőbb előállítóit, politikailag és anyagilag is érdekeltté tettük, abban, hogy a hatásaiban számukra negatív belpolitikai status quo-t,- jogi úton, közösségi jogalapra hivatkozva - nemzeti bíróságaikon keresztül megváltoztassák.

²³ Karen J. Alter.(1998) 15-16. o.

²⁴ Karen J. Alter.(1998)

²⁵ A közvetett hatály elve (*Von Colson ügy 1984*) és az azt értelmező *Marleasing* döntés; valamint az *állami felelősség doktrínája* – mely által egyes közösségi irányelvek hibás implementálása esetén az egyén lehetőséget kap tagállama felelősségre vonására a nemzeti bíróságok előtt- mind ezen folyamatba illeszkednek. (Alec Stone Sweet- Thomas Brunell. 2002)

²⁶ Anne Marie Burley- Walter Mattli.(1993)

Már csak a nemzeti bíróságok meggyőzése maradt hátra, hogy elfogadva a *közvetlen hatály* és a *közösségi jog szupremáciájának* elvét, segítsék a jogi integráció folyamatát. Ez a folyamat összetettebb képet mutat. Walter Mattli és Anne-Marie Slaughter részletes leírást szolgáltatott arról, milyen motivációk és gátló tényezők működnek az EU-s jog adaptációját illetően, a nemzeti bíráskodási szisztémában.²⁷ A preferenciák mind horizontálisan mind vertikálisan, mind pedig jogi kultúrák között eltérnek. A különbségek a doktrínák elfogadásának idejét illetően a legszembetűnőbbek az egyes országok között.²⁸ Három olyan tényezőt emelek ki a nemzeti bíróságok szemszögéből, amelyek motiváló erővel bírhatnak a doktrínák használatára. Az első kettő belső, a jog technikai jellegéből fakad, a harmadik viszont külső tényező a Bíróság külső eszköze a nemzeti szint meggyőzésére.

1. *A törvényhozás felülvizsgálati joga*: ezt a jogot hagyományosan az alkotmánybíróságok gyakorolják a bírói hierarchiában. Azonban, ha a közösségi jogalkalmazás az alsóbb bíróságokon keresztül történik, a törvényhozás által megalkotott nemzeti jog"európai" felülvizsgálatát az alsóbb bíróságok is gyakorolhatják.²⁹ Ilyen módon válhatnak a bírói hierarchia alsóbbrendű bíróságai is érdekeltté az Európai Bírósággal való együttműködésben és a doktrínák elfogadásában.

2. *Bírósági versengés (Alter nyomán)*: a nemzeti bíróságok bürokratikus csatáikban hívják segítségül a közösségi jogot, a bírói szintek egymás közötti, valamint a bírói szintek politikai testületekkel való vitáikban. A puszta tény, hogy a bírói hierarchiában az eltérő szintek eltérő kompetenciákkal rendelkeznek az Európai Bíróság 'oltalmazása' felé irányíthatja a kevésbé befolyásos testületek figyelmét. Így a nagyobb presztízsű közösségi szervre támaszkodva növelhetik korábban szerényebb hatásköreiket egymással szemben (pl: a fent említett felülvizsgálati jog megszerzése által).

3. *Emberi jogok védelme*: Az emberi jogok védelmére való hivatkozást³⁰ az Európai Bíróság eszközként használja a közösségi jogi integráció mélyítésére. Ez ugyanis egy olyan momentum mellyel a bírói felfogás egyetemessége folytán – a liberális emberi jogok védelme az állammal szemben – minden nemzeti bíró és bírói testület azonosulni tud. A doktrínák használatát ebben a felfogásban a bírói hivatás kiteljesítésének mércéjének is tekinthetjük.³¹

Nem lehet tehát eléggé hangsúlyozni, milyen jelentőséggel bírt a Bíróság számára, hogy nemzeti támogatói bázisa stabil és jogilag aktív maradjon. Ahogy, Mattliék írják: „a jog alkotása, alkalmazása már eredendően az elvárások és lojalítások megváltozásának folyamata. A jog legfőbb szerepe, hogy tiszta és bizonyosságon alapuló normát állítson...olyat, amely

²⁷ Slaughter-Mattli.(1998) 17-20.o.

²⁸ A közvetlen hatály doktrínáját- Franciaország kivételével- az összes tagország a megalkotását követő tíz éven belül elfogadta. A közösségi jog szupremáciájának Hollandia 1964-ben, Belgium és Németország 1971-ben, Olaszország 1984-ben, az Egyesült Királyság pedig 1990-ben vetette alá magát.(Slaughter-Mattli 1998)

²⁹ Szemléletes példaként hozható fel egy 1990-es döntés (Factortome), mellyel Angliában formálisan is elfogadásra került a közösségi jog elsőbbségének elve. Ennek következményeként – az angol parlamenti törvényhozás szuverenitása ellenére – a bíróságok jogosultságot nyertek felülbírálni a közösségi kötelezettségeket sértő jogszabályokat.(Slaughter-Mattli.1998)

³⁰ Karen J.Alter, Harlow és Richard Rawlings nyomán ír a jogi eredmények politikai hasznóná transzformálásáról; a perlési stratégiákról és azokról a pamfletekről, amelyeket különböző érdekcsoportok adnak ki, hogy a célközönséget európai emberi jogairól és a perlés különböző szabályairól tájékoztassák. (Alter. 2000)

³¹ Jonas Tallberg elemzi az állami-felelősség jogi doktrínája születésének körülményeit. Ennek kapcsán emeli ki az Európai Bíróság hasonló (az emberi és polgári jogok védelmére alapozott) érvelését, a nemzeti bíróságok és tagállamok előtt. (Jonas Tallberg.2000)

mentén elvárások kristályosodhatnak ki.”³² Hipotézisemben azt tételeztem fel, hogy az ún. „regionális társadalom” és a közösségi intézmények között létrejövő lojalitáson alapuló kapcsolat, a jogi integráció esetében már egy korai szakaszban létrejöhet. Ha ezen kapcsolat alatt az átalakított előzetes döntéshozatali eljárás keretében születő perlési eljárás megszilárdulását, és egyben a doktrinák elfogadásnak periódusát értjük, akkor állításom beigazolódni látszik. A doktrinák egy része ugyanis már a ’60-as, ’70-es években elfogadásra talált. A perlési eljárások pedig a joggyakorlat szerves részévé váltak.

Bár az előző három ún. ’motiváló tényező’ nem tartalmazza például, a Bíróság tág értelmezését abban a tekintetben, hogy mely bírói szervek rendelkeznek kérdés-utalási jogokkal,³³ és szintén nem teszünk említést azokról a jogi továbbképzésekről és informális találkozókról sem, melyeket a Bíróság szervez a tagállami kollégák bizalmának megnyerésére. Ezek sem elhanyagolható összetevői az Európai Bíróság eszköztárának.

Ennek ellenére sikerült bizonyítékot szerezniem azon állításomra is, mely szerint az Európai Bíróság nemcsak passzív részese, hanem szerves, pro-aktív alakítója a reorientált lojalitáson alapuló kapcsolatnak – a nemzetek feletti intézmények és a szubnacionális szint résztvevői között. Ez a jelenség a mi esetünkben az elsődleges közösségi joganyag alkotmányos-jellegűvé formálásban nyilvánult meg. Ennek megteremtéséhez ugyanis az Európai Bíróság, mint szupranacionális intézmény, szubnacionális résztvevőkkel (elsősorban és közvetlenül a nemzeti bíróságokkal) épített ki együttműködést.

³² Burley-Mattli.(1993) 28.o.

³³ Kende Tamás és Szűcs Tamás fejt ki, hogy saját értékelési rendszerének alkalmazásával az Európai Bíróság szokatlan módon bírói testületnek találta többek között: a holland orvosi kamara fellebbviteli bizottságát, az olasz vizsgálóbírót, a holland „Scheidsgerecht”-et, amely a holland bányászok számára létrehozott alap mellett működött, mint választottbíró és a dán munkaügyi bíróságot is. (Kende-Szűcs. 2006)

IV. Az Európai Bíróság - egy önállósuló „ügynök” (*principal-agent perspective*):

Az előzőekben történeti aspektusban, a szűken vett előzetes döntéshozatali mechanizmus átalakításán keresztül szemléltettem a közösségi jogi integráció komplex és egyedi neofunkcionalista jegyeit. A következőkben kifejezetten a Bíróság, mint közösségi szerv és a tagállamok viszonyrendszerében keresem az intézményi önállóság, mint neofunkcionalista tényező meghatározó jellemzőit. Erre a feladatra a legalkalmasabbnak egy ún. 'ügynök/megbízó' modell alkalmazását tartottam. A modell azért hasznos, mert általa érzékeltetőbbé válik a különbség az olyan relatíve autonómiával rendelkező intézmények, mint a Bíróság és a kvázi rezsimekként működő nemzetközi szervezetek között.

Ez a fejezet az Európai Bíróság intézményi sajátosságait vizsgálja két alapvető szándékkal. Egyrésztől bizonyítani kívánom, hogy a Bíróság sikeres neofunkcionalista ügynök és megfelel az ehhez a minőséghez előzőleg támasztott feltételeknek – tehát működése relatív önállóságot mutat a tagállamokkal szemben, illetve megőrizte pragmatista jellegét, szakmailag feddhetetlen maradt. Másrésztől pedig ismételten hangsúlyozni akarom a jog egyedi logikájának, specifikumainak szerepét a Bíróság sikerességében más közösségi szervekkel szemben.

Az ügynök/megbízó analízis használata azért szemléletes, mert bármely közösségi intézmény modellezésére használható, ugyanakkor a neofunkcionalizmus mellett, több más elméleti irányzat is (pl.: *rational choice institutionalism*) alkalmazza, így nem képezheti elfogult megközelítés tárgyát.

Legegyszerűbb sémájában ügynök/megbízó viszony akkor jön létre, amikor egy szolgáltatás ellátására egy vagy több tagállam (megbízó), intézményi (ügynök) segítséget vesz igénybe. A hagyományos rezsimelemlethez hasonlóan, az intézmények (*ügynökök*) főként a résztvevők közötti együttműködést segítik és specializációkkal csökkentik a feladatellátás költségeit. Mark Pollack nyomán négy elkülönült tulajdonságot lehet egy neofunkcionalista ügynöknek kölcsönözni:³⁴

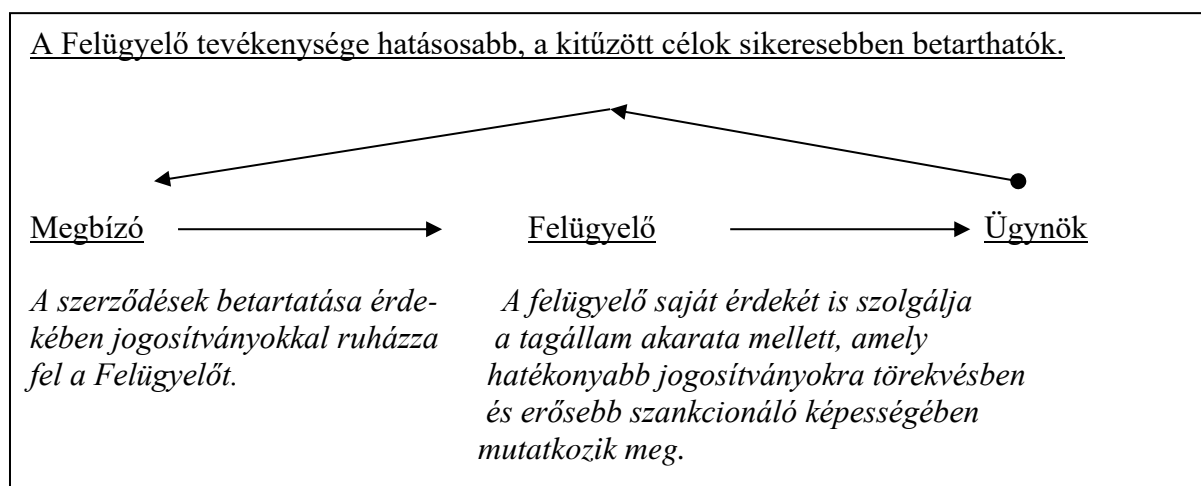
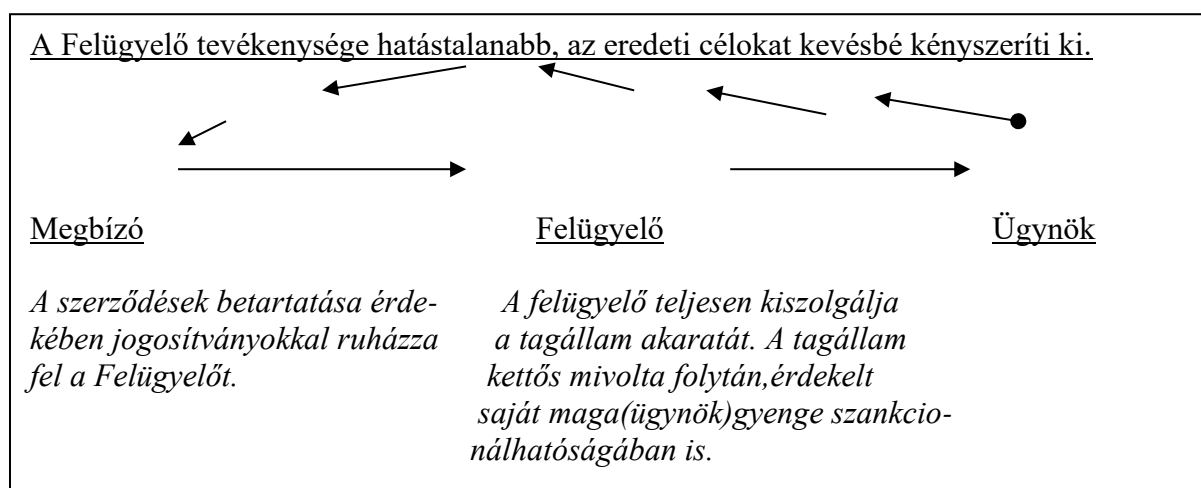
- a) segíti a felek tökéletlen-szerződése által keletkező bizonytalanságok elosztatását (*incomplete-contracting*),
- b) ellenőrzi az együttműködést, a közös megállapodások betartását (*monitoring*),
- c) nagyfokú specializációra törekszik a hatékonyság növelése érdekében,
- d) politikai ' döntőbíró ' szerepét tölti be, a kényes, semleges hozzáállást megkívánó kérdésekben (*honest brokering*).

Ilyen szempontból az intézmények hatékony eszközeik megbízóiknak és szolgálataikkal elősegítik egy magasabb rendű nemzetközi kapcsolatrendszer kialakulását. Azonban, számolnunk kell azzal a ténnyel is – elsősorban a neofunkcionalista felfogásban, - hogy az intézmények, létrejöttüket követően a befolyásuk maximalizálására törekszenek majd. Mivel a *megbízók* és *ügynökök* is saját preferenciával rendelkeznek, ez a befolyás maximalizálás feszültséghez vezethet. A közösségi intézmények egyértelmű célja az integritás és saját autoritásuk fokának növelése, amely szembemehet a szerződő felek, a tagállamok akaratával.

A képletet tovább bonyolítja, a regionális integráció egyik egyedi ellentmondása. Jonas Tallberg számol azzal a faktorial, miszerint feszültségek húzódnak az uniós szerződéseket aláíró tagállamok, mint *kollektív megbízók*, és a szerződéseket végrehajtani köteles tagállamok,

³⁴ Mark A. Pollack.(1997)

mint *egyéni ügynökök* érdekei között. Előbbi minőségükben a tagállamok a megállapodások egymás közti lehető legerősebb kikényszerítésére, a szakpolitikák optimális implementálására törekszenek. Viszont mint „ügynökök” a tagállamok hajlamosak arra, hogy a költséges és őket szuverenitásukban sértő közösségi intézkedéseket megkerüljék. Mivel tehát a tagállamok kétfajta minőségben is részt vesznek a folyamatban (mint, ügynök és megbízó) emiatt a közösségi intézmények új szerepkört, a *felügyelőt (supervisor)* töltik be. A felügyelő megbízása abból áll, hogy a kollektíven kötött szerződések betartását figyelemmel kövesse, valamint a neki delegált szankcionáló eszközökkel az ellenszegülőket megbüntesse.



2. ábra: Módosított 'Ügynök-Megbízó' modell két verziója, a felügyelői magatartás változásában. (*principal-supervisor-agent model* Jonas Tallberg nyomán - Tallberg. 2000)

A második ábra azt a környezetet szemlélteti, és egyben dilemmát világítja meg, amelyben a közösségi intézmények találják magukat, mikor intézményi befolyásuk változtatására törekszenek.

A következőkben néhány érvet hozok fel röviden, annak alátámasztására, hogy az Európai Bíróság sikeres közösségi *ügynök*, és sok esetben függetleníteni tudta magát a tagállami akaratoktól. A neofunkcionalista látásmód alapján a szupranacionális intézmények hatáskörében megnyilvánuló bizonyos fokú autonómia az integráció szerves velejárója, a folyamat fenntartásának egyik motorja. Azonban a Bíróság emancipálódásában az intézményi meghatározók mellett, a jog specifikumából adódó lehetőségek is szerepet játszottak.

1. *Az ügynöki funkciók gyarapítása*: Ahogy már korábban láthattuk, a neofunkcionalista *ügynökök* (közösségi intézmények) alapvetően négy funkció betöltésére hivatottak. A történeti áttekintésből kiderült, hogy a Bíróság a szerződések értelmében nem, vagy csak korlátozottan gyakorolhatta a jogalkalmazás központi ellenőrzését (*monitoring funkció*). A szerződők a Bizottságot szánták a „szerződések őre” cím birtokosának. Azonban a Bíróság aktivista működése és a decentralizált kényszerítő mechanizmus kialakítása által, gyakorlatilag saját magának teremtette meg az ellenőrzés jogát.
2. *Intézményi korlátok – a „gyenge póráz”*: Mark Pollack foglalkozik behatóan a szupranacionális szervek mozgásterét meghatározó intézményi korlátokkal és mechanizmusokkal³⁵. A Bíróság kapcsán felhívja figyelmünket arra, hogy a túlzott bírói aktivizmus ellen a tagállamok kezében lévő leghatásosabb eszköz maga a szerződések módosítása lenne, ez azonban a konszenzus- és ratifikációkényszer, a felmerülő költségek miatt csak végső megoldásként (*nuclear-option*) vehető számításba. A Bíróság relatíve nagy autonómiáját megalapozó másik érve az, hogy összehasonlítva a Bizottsággal – melynek széles és nagyfokú felelőssége egy sor területre kiterjed (közös agrárpolitika, kereskedelem- és versenypolitika, a strukturális alapok) ezáltal pedig egy sor ellenőrzési mechanizmus tárgyát képezi (komitológia, bírói felülvizsgálat, parlamenti ellenőrzés) – az Európai Parlament és Bíróság bár sok szempontból kevesebb hatáskörrel rendelkezik, viszont kevésbé van kitéve a szankcionálásnak a különböző ellenőrzési mechanizmusok hiánya miatt.
3. *Jogi specifikumok*: Amellett, hogy a tagállamoknak nincs joguk a bírák elmozdítására a hatéves megbízatásuk alatt, a „Bíróságot védi egyhangú döntéshozatali tradíciója, amely lehetetlenné teszi a bírói különvélemények sajátcélú felhasználását”.³⁶ Ezenfelül a szerződések biztosította fundamentális joganyag és annak értelmezési lehetősége a Bíróság számára akkor is adott volt, mikor a másodlagos jogforrásoknak (mind az előterjesztés, mind a végrehajtás szempontjából) kiszolgáltató Bizottsági munka, a Tanács Luxemburgi periódusa alatt akadályoztatva volt.³⁷ A Bíróság ebben a tekintetben előnyt élvez a Bizottság lehetőségeivel összehasonlítva.
4. *Jogi specializáció- előre nem látható következményekkel*: Az intézményi ügynök másik feladata a hatékonyságra való törekvés a specializáción keresztül. A Bíróság befolyás-maximalizáló magatartása, mellyel az értelmezési és felülvizsgálati jogait terjesztette

³⁵ Mark A. Pollack.(1997)

³⁶ Uo. 20.o.

³⁷ George Tsebelis- Geoffrey Garrett (2001)

ki, a specializáció jegyében történt. Állításom szerint, a jog saját törvényszerűségéből ered, hogy amíg a Bíróság a jog szakmai dimenzióját meg nem sértve nagyobb hatékonyságra törekedett, addig az ebből fakadó következmények a tagállamok számára - a részben már említett okok miatt - nem várt eredményt hoztak (jogi spilloverek, perlési eljárás megalapozása).

Mindazonáltal az államok hosszú távon mégis képesek a számukra megfelelő mederben tartani a bírói aktivizmust³⁸. A legnyilvánvalóbb példája ennek a Maastrichti szerződés. A szerződés által létrehozott ún. 'pilléres szerkezet' második, illetve harmadik pilléréből, a Közös Kül- és Biztonságpolitikai és Bel- és Igazságügyi együttműködésből kizárták a bírói hatásköröket, demonstrálva, hogy igenis tanultak korábbi hibáikból és a különleges fontossággal bíró területekhez nem engedélyezik a hozzáférést.

³⁸ Egyes irányzatok ráadásul pont a Bíróság korlátolt és tagállami preferenciáktól szorosan függő mivoltát emelik ki. Szerintük az olyan nagy és befolyásos államok, mint Németország vagy Franciaország érdekei és a közösségi bíráskodással kapcsolatban kialakított hozzáállásuk, nagyon is kordában képes tartani a testület tevékenységét. Lásd: Garrett-Weingast.(1993)

V. Összegzés

Az európai közösségi jogi integráció és az Európai Bíróság működése által meghatározott kutatási terület alkalmasnak bizonyult arra, hogy azt neofunkcionalista megközelítéssel vizsgáljuk, ezzel egyben alátámasztva az elmélet relevanciáját. Az elemzésben felhasznált közép-szintű (*meso-level*) integrációs megközelítések arra engednek következtetni, hogy a koherens elméleti vonal leképezése összetettsége folytán nem minden esetben és nem minden területen nyújt sikeres bizonyítási keretet.

Mindezek ellenére dolgozatomban megkíséreltem a közösségi jogi integráció által meghatározott területet úgy elemezni, hogy az összetettségében tükrözze a neofunkcionalizmust, mint alapvető regionális integrációs elméletet. Ennek érdekében kiemeltem három olyan premisszát, melyek hűen szemléltetik a neofunkcionalizmus integrációról alkotott dinamikáját.

1. A regionális integráció belső öngerjesztő hatása (*spillover*) az egymással funkcionális kapcsolatban álló területek sorát vonja be az együttműködésbe, akár olyanokat is melyek eredetileg kívül estek az együttműködésre szerződő tagállamok szándékán. Az endogén logika így módon *előre nem látható következményekkel* szembesíti a tagállamokat az integráció során.

2. A közösségi intézmények, létrejöttüket követően fontos szerepet töltenek be az integráció előmozdításában. A rendelkezésükre álló erőforrásokat, és *relatív jelentős mozgásteret* az integráció mélyítésére használják fel. Működésük sikerességének függvénye, hogy jellegükben mindvégig pragmatisták és depolitizáltak maradjanak.

3. Az integráció során, az együttműködés egy magasabb fokán, a nemzetállami szint résztvevői felfigyelnek a közösségi intézmények tevékenységére, melyet lojalitásuk megváltozása is jelez. Egy idő után ugyanis, olyan kézzelfogható eredmények letéteményeseivé válnak majd ezen intézmények, hogy *a korábbi nemzetállamhoz fűződő lojalítások a közösségi szint felé irányulnak* – hiszen eztán az állampolgárok bennük látják, tőlük várják az együttműködés fenntartását és egyben jólétük biztosítását.

A három premissza mindegyikének érvényességét sikerült alátámasztanom a közösségi jogi integráció dimenziójában. A dolgozat bizonyította, hogy a kezdeti, viszonylag korlátozott funkciókra kijelölt Európai Bíróság képes volt mozgásterének növelésére, amit az integráció, szűkebb értelemben a jogi egységesülés mélyítésére használt fel.

Az Európai Bíróság sajátos aktivizmusa váratlanul érte a tagállami politikusokat. A szerződések biztosította jogosítványait használva, a Bíróság alkotmányos jelleget adott az elsődleges közösségi jogforrásoknak a különböző doktrinákon keresztül. Ezzel nemcsak jogfejlesztő magatartásával (részletesebben kifejtett közösségi joganyag – az aktivizmus hatására egyre gyakrabban alkalmazott előzetes döntéshozatali eljárások), de a tagállami jogkerülés megakadályozásával is váratlan helyzet elé állította a politikusokat.

A lojalítások ún. „reorientációja”, mint harmadik neofunkcionalista premissza, szintén bizonyítást nyert. Hipotézisem is megerősítve, a jelenség Haasi-logikát megcáfoló egyedülállóságot mutat a vizsgált dimenzióban. A Haas által valószínűsített fokozatosan kiteljesedő, a közösségi szint felé irányuló társadalmi lojalítások, több szempontból rendhagyó módon formálódtak az Európai Bíróság és a nemzeti bíróságok viszonyrendszerében. Egyrészt bebizonyítottam, hogy ilyen jellegű kapcsolat nem igényli az integráció magas fokát, hiszen esetünkben már az 1960-as '70-es években formálódóban volt az Európai Bíróság és a nemzeti bíróságok jogfejlesztő, doktrinális együttműködése. Továbbá, szintén alátámasztottam azt is, hogy az Európai Bíróság nem csak felismerte, de maga is proaktív alakítójává vált eme kapcsolatnak.

Ez persze egyáltalán nem jelenti a hagyományos elmélet fogyatékoságát, sőt, azzal, hogy az integráció egy korai szakaszában vált szükségessé a kapcsolatépítés, csak aláhúzza annak fontosságát.

A történeti perspektíva mellett, mely a módosított előzetes döntéshozatali eljárás hatásait taglalja, a dolgozatban egy ún. „ügynök/megbízó” megközelítést (*principal/agent perspective*) is alkalmaztam a neofunkcionalista jellemzők erőteljesebb szemléltetésére. Ez a fajta megközelítés az Európai Bíróság intézményi összetevőit és önállóságát – azaz „ügynök” mivoltát volt képes feltárni. A hiteles neofunkcionalista érvelés érdekében, olyan intézményi bizonyítékokat sorakoztattam fel, melyek egyrészt viszonylagos autonómiát biztosítottak a Bíróságnak. Bizonyítva ugyanakkor azt is, hogy munkájában mindvégig képes volt szakszerű, pragmatista módon, a jog kizárólagos logikáját meg nem sértve működni. Ezzel eleget téve a sikeres neofunkcionalista ügynök felé támasztott két legfőbb kritériumnak.

A konkrétumokat tekintve, az Európai bíróság azért tekinthető sikeres „ügynöknek”, mert aktivizmusa által képes volt alapvető ügynök funkciói gyarapítására: a szerződések biztosította jogosítványok mellé, az ún. *monitoring* funkciót (a jogalkalmazás központi ellenőrzése) és további *specializációkat* gyűjtött be magának. Intézményi önállóságának legfőbb indikátora, hogy jogkörei leghatásosabban csak a szerződések módosításán keresztül korlátozhatóak és számos komparatív előnnyel rendelkezik más közösségi intézmények (Európai Bizottság, Európai Parlament) mozgásterével szemben.

A dolgozat másik kitűzött célja az volt, hogy absztraktabb szinten rávilágítson a jog logikájának egyediségére, mely magyarázattal szolgál a Bíróság aktivizmusának sikerességére és rendkívül erős neofunkcionalista minőségére is. Mind a történeti perspektíva (a Bíróság kapcsolatépítése a nemzeti szinttel), mind pedig a statikus elemzés (*principal/agent perspective*) tartalmazza az egyediség meghatározóit.

Ez a logika mind az intézményi tulajdonságokat (sikeres ’ügynök’), mind stratégiai tervezéseit illetően (az előzetes döntéshozatali eljárás átalakításának sikere) olyan eszközkészlettel ruházta fel a Bíróságot, mely által mozgásterét jelentősen növelhette.

Amint láttuk, a különböző doktrínák megalapozása és azok nemzeti bíróságokkal való elfogadtatása olyannyira sajátos jogi időhorizonton mozgott, hogy azt a politikusok, a politika képtelen volt felismerni, ezáltal létrejöttét megakadályozni. Más szempontból, az intézményi tulajdonságokat figyelembe véve, ugyanígy képtelenek voltak a tagállamok beavatkozni a Bíróság ügynöki *specializációjába*, mellyel saját szakmai rendeltetését szolgálva gátat szabott a jogkerülő tagállami magatartásnak. Ugyanakkor nem szabad megfeledkeznünk a bírói tradíció olyan szervezeti megnyilvánulásairól sem, mint pl: *a döntéshozatal egyhangúságának hagyománya*, mely szintén a tagállamokkal szembeni ’immunitását’ erősíti.

Ez a logika tehát idegen ugyan az alapvető politikai döntéshozó aktorok számára – ezzel részben megmagyarázva a Bíróság tőlük való relatíve függetlenségét – viszont egyáltalán nem idegen a neofunkcionalizmus felfogásában. A legitimitását mindvégig megőrző, az átpolitizálódásnak nem engedő bírói testület szigorú szakmai, pragmatista, a saját terepében az integráció ügyét támogató hozzáállásával - bár a jog sajátos logikáját használva - de a neofunkcionalizmust többszörösen igazolva működött.

Felhasznált irodalom

- Alter, Karen J. 2000. The European Union's legal system and domestic policy: spillover or backlash? *International Organization* vol.54. no.3.
- Alter, Karen J. 1998. Who are the 'Masters' of the treaty?: European governments and the European Court of Justice. *International Organization* vol.52.no.1.
- Búrca, de Grainne. 2005. Rethinking law in neofunctionalist theory. *Journal of European Public Policy* vol.12.no.2
- Burley, Anne Marie- Walter Mattli. 1993. Europe before the court: A political theory of legal integration. *International Organization* vol.47.no.1.
- Conant, Lisa. 2007. The politics of legal integration. *Journal of common market studies* vol.45- Annual Review pp.45-66
- Chrysochoou, Dimitris N. 2001. *Theorizing European integration*. London, Sage Publications
- Garrett, Geoffrey. 1995. The politics of legal integration. *International Organization* vol.49. no.1.
- Garrett, Geoffrey-Barry Weingast. 1993. *Ideas, interests and institutions: Constructing the EC's internal market*. In: Ideas and foreign policy, edited by Judith Goldstein and Robert O. Keohane, 173-206. Ithaca, NY.:Cornell University Press
- Haas, Ernst B. 1968. *Beyond the nation state: Functionalism and international organization*. Stanford CA: Stanford University Press
- Kende Tamás, Szűcs Tamás szerk. 2006. *Európai közjog és politika*. Complex kiadó, Budapest
- Moravcsik, Andrew. 1998. *The choice for Europe*. Cornell University- edited by Peter J. Katzenstein
- Pollack, Mark A. 1997. Delegation, agency and agenda-setting in the European Community. *International Organization* vol.51.no.1
- Schmitter, Philippe C. 2005. Ernst B.Haas and the legacy of neofunctionalism. *Journal of European public policy* vol.12.no.2.
- Schmitter, Philippe C. 1969. Three neofunctional hypotheses about international integration. *International Organization* vol.23.no.1
- Shapiro, Martin- Stone Sweet, Alec. 2002. *On law, politics and judicialization*. Oxford University Press
- Slaughter, Anne Marie-Walter Mattli. 1998. Revisiting the European Court of Justice. *International Organization* vol.52.no.1
- Tallberg, Jonas. 2000. Supranational influence in EU enforcement: the ECJ and the principle of state liability. *Journal of European public policy* vol.7.no.1
- Tsebelis, George-Geoffrey Garrett. 2001. The institutional foundations of intergovernmentalism and supranationalism. *International Organization* vol.52.no.2
- Wiener, Antje-Thomas Diez. 2004. *European integration theory*. Oxford University press

Ernst B.Haas. (1968) 23.o.

PAPP TEKLA

Az atipikus szerződések és a Magyar Magánjogi Törvényjavaslat

„Végül még csak az a kérdés marad fenn, hogy a törvénykönyv a magánjognak rendkívül tág anyagából milyen részt öleljen fel. A magánjogi kódexet mindenütt általában úgy tekintik, mint az állam egész jogrendszerének központi, centrális részét, mint az ún. általános magánjogi szabályok gyűjteményét, amely mellett a többi joganyag feladata egyes jogtételeknek és speciális jogintézményeknek különleges vonatkozásokban való részletes kiépítése s a jogérvényesítés és a jogvédelem módjának szabályozása. Ezentúl inkább csak célszerűségi és egyéb megfontolások döntők arra nézve, hogy ez a joganyag tágabb vagy szűkebb körben állapíttassék-e meg ahhoz képest, hogy egyfelől a jogintézményt oly általános jellegűnek s annyira állandósult szabályozásnak tekinthetjük-e, hogy a nagyobb általánosságra s állandóságra igényt tartó kódexbe felvétele indokolt, másfelől, hogy nem szólnak-e politikai vagy egyéb okok bizonyos joganyagok a magánjogi kódexbe foglalása ellen.”¹

A fenti idézetnek megfelelően vizsgáljuk az atipikus szerződések kategóriájának és a Magánjogi Törvényjavaslatnak a viszonyát. Ami a Magyar Magánjogi Törvényjavaslatot illeti, szakmai színvonalát az elmúlt 80 évben nem kérdőjelezték meg, a hatályos jogszabállyá nem vált törvénytervezet sok megoldása a bírói gyakorlatra alapvető hatással volt, így számos rendelkezése szokásjoggá vált, azonban az ún. kereskedelmi ügyletek szabályozását mellőzte.²

Az atipikus szerződések vonatkozásában pedig elmondható, hogy a mai magánjogban a Polgári Törvénykönyv szabályozási kereteit szétfeszítő, a gazdasági és joggyakorlati változások által életre hívott atipikus kontraktusok csoportját az alábbiak jellemzik:³

a) általában nincs magyar elnevezésük, hanem idegen eredetű nevük van (pl.: lízing-, franchise-szerződés), vagy bonyolult, a jogviszony lényegét nem a legprecízebben kifejező megjelölések alatt lettek szabályozva (pl.: timesharing-szerződés, mint az ingatlanok időben megosztott használati jogának megszerzésére irányuló megállapodás);

b) a magyar Polgári Törvénykönyv „Egyes szerződések” (Negyedik rész, III. Cím) része nem rendelkezik az atipikus kontraktusokról, nem sorolhatóak az itt nevesített szerződéstípusokba. Megjegyzendő, hogy ez az ismérvi viszonylagos: a Ptk. módosítása, újrakodifikálása e tekintetben új helyzetet is teremthet;

¹ Szász Béla „Magyarország Magánjoga Törvénykönyvének Törvényjavaslatáról” (Franklin-Társulat Bizománya; Bp.; 1928.; Magyar Jogászegyleti Értekezések; 1928/12.; XX. kötet; 98. füzet; 21–22. pp.)

² Vékás Lajos „Magánjogi kodifikáció” (Magyar Jog; 2008/7.; 450. p.); Kemenes Béla „A szerződések szabályozásának elvi kérdései a Polgári Törvénykönyvben” (Acta Universitatis Szegediensis; Acta Juridica et Politica; Tomus VIII.; Fasciculus 2.; Szeged; 1961.; 27. p.)

³ Papp Tekla „Atipikus szerződések” (Tyras Nyomda; Szeged; 2007.; 5–6. pp.) egyetemi jegyzete alapján

c) az atipikus szerződések szabályainak kialakulásánál és kialakításánál fontos szerepe volt a külföldi gyakorlati és jogalkotási mintáknak, valamint a hazai szokásoknak;

d) a szindikátusi, a konzorciós és a franchise-szerződés kivételével az atipikus szerződések törvényi (pl.: koncessziós szerződés), kormányrendeleti (pl.: üzleten kívüli kereskedés) szinten, vagy implementált nemzetközi egyezmények révén (pl.: a faktoring) kodifikálva lettek ;

e) ezen megállapodások kapcsán az európai jogfejlődésben jogegységesítési törekvések figyelhetők meg (fogyasztóvédelmi szempontból például a 97/7/EK irányelv a távollévők között kötött szerződésekről, az állami szerepvállalás szempontjából a közbeszerzési szerződéseket érintő irányelvek révén például a koncessziós szerződés esetében)⁴, melyek az európai uniós jogharmonizáció által a magyar szabályozásban is tükröződnek;

f) a Ptk. 200. § (1) bekezdése alapján, a típuszabadság értelmében – a jogszabályba ütközés tilalmának betartásával – ezen megállapodások tetszőleges tartalommal köthetők, és a szerződések általános szabályai (Ptk., Negyedik rész, I. Cím) rájuk is irányadóak;

g) bár az atipikus kontraktusok egy részénél (pl.: szindikátusi szerződés) nincs alakszerűségi előírás, másik részüket (pl.: önálló kereskedelmi ügynöki szerződés) pedig – jogszabályi rendelkezéseknek megfelelően – írásba kell foglalni, a gyakorlat következetesen az írásbeliség mellett tör lándzsát: nem feltétlenül érvényességi kellékként, inkább biztonsági, bizonyíthatósági szerepe miatt;

h) a részletes és pontos írásbeli megfogalmazásra törekvés vonta magával az általános szerződési feltételek alkalmazását és a blankettaszerződések használatát;

i) az atipikus szerződések egyik pólusán – szerződő félként – általában egy gazdálkodó szervezet (Ptk. 685. § c, pontja), vagy a fogyasztóvédelmi törvény szerinti⁵ vállalkozás jelenik meg, de a forgalmi élet kiterjedtebbé és komplexebbé válásával a szerződéses jogviszony mindkét alanya is lehet gazdálkodó szervezet, vagy vállalkozás (pl.: franchise-szerződés);

j) az atipikus megállapodások hosszabb távú piaci kapcsolatokat szabályoznak, így tartós jogviszonyra irányulnak általában (kivéve: távollévők között kötött szerződés, üzleten kívüli kereskedés).

Eszerint az alábbi szerződéseket soroljuk az atipikusok közé: szindikátusi szerződés, távollévők között kötött szerződés, timesharing-szerződés, konzorciós szerződés, koncessziós szerződés, faktoring-szerződés, franchise-szerződés, lízingszerződés; legújabban pedig az egészségügyi kezelési szerződés, a merchandising-szerződés, a licencszerződés etc.

⁴ Erre vonatkozóan részletesen lásd Papp Tekla „A koncesszió” (Pólay Elemér Alapítvány Könyvtára; 8. kötet; Szeged; 2006.; 125–137. pp.)

⁵ 1997. évi CLV. törvény 2. § b) pontja: A fogyasztókat érintő tevékenységet önálló foglalkozásával vagy gazdasági tevékenységével összefüggő célok érdekében végzi.

Az általunk felállított atipikus szerződések kategóriájának kontraktusai nem tartoznak sem a Ptk. nevesített szerződesei közé (hiszen ezek a tipikusak, amelyekhez az eltérő megállapodásokat viszonyítjuk), sem a vegyes szerződésekhez, sem az innominát kontraktusokhoz,⁶ hanem önálló, sui generis megállapodás-csoportot alkotnak, mivel az említettekhez képest többek (ezek ötvöződései lehetnek) és mások (ugyanakkor e fajtákba besorolhatatlanok).

A fentiekben leírtaknak megfelelően egyetlen jellemzőre nem „fűzhetők fel” az atipikus szerződések, és a szokásos kötelmi jogi tematizálás (alanyok, tárgy, szolgáltatások) felőli megközelítés sem vezet eredményre. Ezért a megszokottól eltérő tipizálásokat alkalmaztunk:⁷

a) Önálló és önállótlan szerződésfajtákra bontjuk az atipikus szerződéseket

aa) Az önálló csoportba azok az atipikus megállapodások tartoznak, amelyek függetlenek más jogviszonyoktól, más tevékenységektől; például a koncessziós szerződés.

ab) Az önállótlan kategória két osztályra bomlik aszerint, hogy az atipikus szerződés másik jogviszonyra (pl.: szindikátusi szerződés, mert a társasági szerződésre „támaszkodik”), vagy egy tevékenységre épül-e rá (pl.: a konzorciós szerződés a szervező árut értékesítő tevékenységéhez kapcsolódik, és az atipikus szerződés közvetíti a fogyasztó felé az adott tevékenység „hozadékát”).

b) Az atipikus szerződések csoportosíthatók az alapján is, hogy járulékos (pl.: házaló kereskedésnél a szerződéskötés helye különleges), vagy lényegi vonásaik mutatnak-e eltérést a Ptk-ban tipizált szerződésekhez képest.

c) Az atipikus szerződéseket kategorizálhatjuk kodifikáltságuk alapján is: vannak-e jogi normában szabályozva, és ha igen, milyen jogszabályban történt ez.

Ha megvizsgáljuk a Magyar Magánjogi Törvényjavaslat korát az atipikus szerződések léte szempontjából, akkor konstatálhatjuk, hogy létezett ez a szerződési osztályozás.⁸ A Magyar Magánjogi Törvényjavaslat kötelmi különös része azon kötelemkeletkeztető tényállásokhoz fűzött rendelkezéseket, amelyek a leggyakrabban előfordulóak voltak és már intézményesen (a római jogi szerződési felosztásnak megfelelően) kialakultak. Azon kötelmeket, amelyek ezen intézményesült formáktól eltérő keletkezési jogalapokra voltak visszavezethetőek nevezetlen/innominát/atipikus szerződéseknek minősítették. Ide sorolták többek között a licencszerződéseket, a szindikátusi megállapodásokat, a zsidóországi szerződést. Ezen szerződések tartalmát az MTJ. kötelmi jog általános részében foglalt szabályokon felül a felek konszenzusa alakította ki.

Az MTJ.

elkészítésének idejében a mai atipikus szerződések közül néhány még nem jelent meg a magyar joggyakorlatban és nem is lett volna beilleszthető az MTJ rendszerébe, így

⁶ Erről részletesen lásd Papp i.m. 7–9. pp. (Atipikus szerződések)

⁷ Erről részletesen lásd Papp i.m. 11–13. pp. (Atipikus szerződések)

⁸ Villányi László „A magyar magánjog rövid tankönyve” (Grill Károly Könyvkiadóvállalata Bp.; 1941.; 398–399. pp.)

- a technikai fejlődés hívja majd életre a távollévők között kötött megállapodások szabályozási igényét;
- a gazdasági változások függvényében a lízing- és a franchise-szerződés csak a II. világháborút követően jelenik meg Nyugat-Európában, Magyarországon pedig – tömeges alkalmazásban – csak a rendszerváltást követően;
- a konzorciós szerződés esetében alkalmazott értékesítési konstrukció pedig nemzetközi szinten is a XX. század utolsó két évtizedének „jogi terméke”.⁹

Az atipikus szerződések közül néhányat már akkor is kötöttek, azonban az MTJ. tárgyi hatályán kívül maradtak

- a koncessziós szerződés, melyet az 1920-30-as években a koncesszió jellegétől függően számos jogi norma szabályoz;¹⁰
- az önálló kereskedelmi ügynöki szerződés, mert szerződési típusként való kialakulása és ismerveinek letisztulása éppen az 1920-30-as időszakra tehető;¹¹
- a házaló/üzleten kívüli kereskedés – mint önálló jogintézmény - sem az akkori jogtudomány, sem a korabeli bírói gyakorlat által nem került kialakításra. Meglátásunk szerint a Kereskedelmi Törvény¹² 45. §-ában megadott kereskedelmi utazó ismerveivel a jelenlegi házaló kereskedés párhuzamba állítható.¹³ Ebből kiindulva a kontraktus gyökereinek KT-beli szabályozottsága okán sem merülhetett fel az üzleten kívüli/házaló kereskedés MTJ-be foglalása;
- a szindikátusi szerződés már ekkortájt is a kooperációs kontraktusok sajátos válfaja¹⁴ volt, és ebből adódóan kódexbe emelése nehézségekbe ütközött volna.

A timesharing-szerződés kapcsán az MTJ. dologi jogi részében több olyan momentumra bukkantunk, amelyek mentén haladva esetleg elképzelhető lett volna ezen kontraktus törvényjavaslatbeli elhelyezése, amennyiben létezett volna akkortájt (a timeshare-rendszer¹⁵ megjelenése és nemzetközi szintű elterjedése szintén a XX. század utolsó két évtizedére tehető). Ezek a nyomvonalak az alábbiak:

a) Az MTJ. 666. § alapján¹⁶ „ha a haszonélvezetnek oly jog a tárgya, amelynél fogva valaminek szolgáltatását lehet követelni, a haszonélvező és a szolgáltatásra kötelezett közötti jogviszonyra megfelelően azok a szabályok irányadóak, amelyek a jog átruházásának esetében a jog megszerzője és a kötelezett közötti jogviszonyra állanak.” A timesharing-szerződés alatt az ingatlanok időben megosztott használati jogának megszerzésére irányuló szerződéseket értjük, amelyek keretében a fogyasztó legalább 3 éves időtartamra jogot szerez egy vagy több ingatlan ismétlődő, meghatározott időtartamú üdülési vagy lakáscélú

⁹ Erről részletesen lásd a vonatkozó fejezeteket *Papp* i.m. (Atipikus szerződések III., VII., X., XI. fejezetek)

¹⁰ *Grosschmid* Béni „Fejezetek kötelmi jogunk köréből II. kötet” (Grill Károly Könyvkiadóvállalata; Bp.; 1932; 550–553. pp.); Erről részletesen: *Papp* i.m. 20–39. pp. (A koncesszió)

¹¹ Erről részletesen ír *Jenovai* Petra „A kereskedelmi ügynök jogállása a XIX–XX. század fordulóján jogösszehasonlító aspektusban” (Acta Universitatis Szegediensis; Acta Juridica et Politica; Publicationes doctorandum juridicorum; Szeged; 2008.) (megjelenés alatt)

¹² 1875: XXXVII. tc.

¹³ A kereskedő üzleti személyzetéhez tartozó, annak telephelyén kívül helyről-helyre utazó meghatalmazottja.

¹⁴ Jelenlegi jellemzőire lásd *Papp* i.m. 14–20. pp. (Atipikus szerződések)

¹⁵ Erről részletesen lásd *Papp* i.m. 63–78. pp (Atipikus szerződések)

¹⁶ „Magyarország Magánjogi Törvénykönyve” (M. Kir. Igazságügyminisztérium; Bp.; 1928.; 187. p.); és „Indokolás Magyarország Magánjogi Törvénykönyvének Törvényjavaslatához” (M. Kir. Igazságügyminisztérium; Bp.; 1929.; 286. p.)

használatára. Tehát a fogyasztó üdülési vagy lakáshasználati jog „haszonélvezője” úgy, hogy ennek jogcíme speciális használati jog, vagy tulajdonjog átruházása is lehet.¹⁷

b) A haszonélvezeten kívül más személyes szolgálomak is felmerülhetnek, „amelyek nem jogosítanak a dolog használatára, hanem csupán annak különböző vonatkozásokban való használatára. Ezeknek tárgyául az ingatlanok bármely használati lehetősége szolgálhat.”¹⁸ (Idetartozott a használat joga, és a lakás szolgálma).¹⁹ A különböző vonatkozású használatba a timesharing-szerződésnek a fogyasztót az ingatlan térben és időben is megosztott használatára jogosító jellege beilleszthető.

c) „Vannak korlátozott dologi jogok, amelyek ugyancsak az ingatlan használatára jogosítanak, mint a szolgálomak, de ezektől abban különböznek, hogy nincsenek meghatározott személyhez, vagy uralkodó telekhez kötve, hanem szabadon átruházhatók és átszállnak a jogosult örökösire is (építményi, örökhaszonbérleti, örökbérleti jogok). E jogok az ingatlan és annak használatát állandóan szétválaszthatják, ...”²⁰ Magyarországon a timeshare forgalomképes; és általában évenként visszatérően, az év egy előre megállapított időszakában meghatározott ingatlanrészek tekintetében, egymást követően számos fogyasztó használja üdülési vagy lakhatási céllal az ingatlan (szétválak az ingatlan és annak használata).²¹

A timesharing-szerződéshez hasonlóan a faktoring-szerződés is – ha kötöttek volna ilyen megállapodást akkortájt – elhelyezhető lett volna az MTJ-ben.

A faktoring-szerződést a magyar bírói gyakorlat engedményezéshez közelállónak minősíti:²² a Szegedi Ítéltábla eseti döntése (BDT 2005.2.) alapján a faktoring atipikus szerződés, amely a felek üzleti-szerződési céljától, szándékától függően a visszerhes engedményezés, az adásvétel, illetve a hitelviszony elemeit foglalja magában; ezzel egyező álláspontra helyezkedik a Győri Ítéltábla is (BDT 2006.47.)²³ A jelenlegi Ptk. engedményezésre vonatkozó rendelkezései²⁴ szerint nem engedményezhetőek a személyhez kötött, valamint a jogszabály által kifejezetten kizárt követelések. Viszont az elévült, lejárt és a jövőben lejárt követelés egyaránt engedményezhető.²⁵ A hatályos Ptk. az engedményezés kapcsán főként a jogutódlási jelleget (a szerződés jogosulti pozíciójában történő változást) domborítja ki, és nem annyira az átruházó ügylet jelleget, éppen ezért a faktoring-szerződés a mostani szabályozásba rendkívül nehézkesen lenne beilleszthető.²⁶ Ezzel szemben az MTJ. engedményezéssel kapcsolatos előírásai és a kortárs bírói gyakorlat „befogadóbbak” lettek

¹⁷ Erről részletesen lásd Papp Tekla „Röviden a timesharing-szerződésről” (Európai Jog; 2006/4.; 24–28. pp.)

¹⁸ Villányi i.m. 192. p

¹⁹ Villányi i.m. 192. p.

²⁰ Villányi i.m. 195. p.

²¹ Erről részletesen lásd Papp i.m. 63–78. pp. (Atipikus szerződések)

²² Erről részletesen lásd Papp i.m. 115–116. pp. (Atipikus szerződések)

²³ A faktoring-szerződésnek a Ptk. újrakodifikálása során a nevesített szerződések közötti elhelyezése vonatkozásában a Szakértői Javaslat (Complex Kiadó; Bp.; 2008.) és az IRM tervezet (2008. 06. 09.; T/5949.) eltérő koncepciójára – jelen tanulmány kereteit szétfeszítő jellege miatt – nem kívánunk kitérni.

²⁴ 1959. évi IV. törvény 328–331. §§

²⁵ Papp i.m. 117. p. (Atipikus szerződések)

²⁶ Papp i.m. 116. p. (Atipikus szerződések)

volna a faktoring-szerződéssel. Ezen állításunkat az alábbi, a faktoring-szerződés beépítését lehetővé tevő, jogi tételekkel támasztjuk alá:

a) Amennyiben az adós a jóhiszemű engedménnyel szemben tartozását valódinak ismerte el, akkor a teljesítést nem tagadhatta meg a követelés létre nem jöttére, vagy az engedményezés előtt való megszűnésére, vagy az engedményezővel szemben fennálló kifogásaira hivatkozva.²⁷ Ez összhangban van az adós – jelenlegi - tartozás kiegyenlítési kötelezettségével.²⁸

b) Feltételes, bizonytalan összegű, reménybeli, ellenszolgáltatástól függő, vagy okirattal nem bizonyítható követelés is átruházható volt.²⁹ Az UNIDROIT-egyezmény szerinti faktoring-szerződéseknek is lehet ilyen tárgyuk.³⁰

c) A csendes faktoringhoz hasonlóan elismerték a csendes engedmény (ekkor az adós értesítése az engedményezésről elmarad, kifejezetten tilos volt) jogintézményét.³¹

d) Az adós az engedményezésről történő értesítést megelőzően keletkezett, őt megillető kifogásokat érvényesíthette az engedménnyel szemben.³² A jelenlegi gyakorlat szerint is az adóst megillető jog kifogásai érvényesítése.³³

e) Az adós az engedményezésről történő értesítésig hatályosan fizethetett a hitelezőjének, az adóst pedig csak az engedményező vagy az engedményes értesíthette.³⁴ Ez jelenleg is így van a faktoráló, a faktor és az adós közötti szerződéses jogviszonyban.³⁵

f) Az engedményezés folytán a járulékos jogok is átszálltak a hitelezőre (kamat, jelzálog etc.).³⁶ Amennyiben manapság a faktoring-szerződés engedményezési elemet is tartalmaz (ún. valódi faktoring esetén), akkor a járulékos jogok a faktort fogják megilletni.³⁷

g) Visszterhes engedményezésnél az engedményező a követelés valódiságáért és behajthatóságáért is szavatolt.³⁸ Napjainkban a faktorálót terhelő helytállási kötelezettség a követelés fennállásáért való helytállásra mindig kiterjed, a követelés végrehajthatóságára pedig csak ún. nem valódi faktoring esetén.³⁹

²⁷ Menyhárh Gáspár „Magyar magánjogi jegyzetek” (Bartos Lipót Könyvnyomdája; Szeged; 1932.; 315 p.)

²⁸ Papp i.m. 120. p. (Atipikus szerződések)

²⁹ I. G. 88/907. Gr. II. 690., 1/1885. T. 538., 633/1894. T. 539.; Vadász Lajos „Magánjogi törvénykönyvünk és élő tételes jogunk II. kötet” (Attila-Nyomda; Bp.; 1930.; 121. p.)

³⁰ Papp i.m. 117. p. (Atipikus szerződések)

³¹ 639/1917. Md. XI. 185. és 221.; Vadász i.m. 121. p.; Villányi i.m. 322. p.

³² 4641/1914. Md. IX. 159; Vadász i.m. 124. p.; Mtj. 1229. § (Magyarország Magánjogi Törvénykönyve; M. Kir. Igazságügyminisztérium; Bp.; 1928.; 328. p.)

³³ Papp i.m. 120. p. (Atipikus szerződések); BDT 2006. 47.

³⁴ I. G. 159/896. Gr. II. 712.; Vadász i.m. 124. p.; Mtj. 1224. § (i.m. 327. p.)

³⁵ Papp i.m. 118–120. pp. (Atipikus szerződések)

³⁶ K. G. 130/1905. T. 542.; Vadász i.m. 124. p.; Mtj. 1220. § (i.m. 327. p.)

³⁷ Papp i.m. 114–115. pp. (Atipikus szerződések)

³⁸ I. G. 610/1903.; Pécsi tábla G. 8/1901. T. 542.; Vadász i.m. 125. p.; Mtj. 1222–1223. § § (i.m. 327–328. pp.)

³⁹ Papp i.m. 114. p. és 118–119. pp. (Atipikus szerződések); BH 2005. 72.

Eddigi elemzésünkkel az atipikus szerződések MTJ-korabeli gazdasági és jogi viszonyokban fellelhető csíráját vagy meglétét vizsgáltuk, valamint azt, hogy ezen kontraktusok beépíthetőek lettek-e volna az MTJ. szabályrendszerébe. Konzekvenciaként megállapíthatjuk, hogy az MTJ. a Ptk. zárt relatív szerkezetű, funkcionális szükségletkielégítési célokat szolgáló, sematikus szerződési rendszerénél⁴⁰ némileg rugalmasabbnak bizonyult (lásd: a timesharing- és faktoring-szerződés kapcsán leírtak).

Végül engedjék meg nekem, hogy megosszam Önökkel – Joubert⁴¹ szavait felhasználva – azt az érzést, amely a Magánjogi Törvényjavaslat és a hozzá kapcsolódó szakirodalom olvasása közben bennem felmerült: „Ha a tudorokat hallgatod, akár azt hihetnéd, hogy mi sem könnyebb, mint elmondani azt, amit gondolsz, pedig még az sem könnyű, hogy magadban pontosan tudd.”

⁴⁰ *Kemenes István* „A gazdasági szerződések követelményei és az új Ptk” (Polgári Jogi Kodifikáció; III. évf.; 2001/1.; 10. p.); *Osváth Ildikó* „Az atipikus szerződések helye a polgári jog kodifikációjában (Sectio Juridica et Politica; Tomus XXIV.; Miskolc; 2006.; 459. p.)

⁴¹ *Gondolatok* (Aquila Kiadó; Debrecen; 2006.; 141. p.)

Pokol Béla
Előadás a jogellenességről és a jogi tárgyról mint a büntetőjogi dogmatika kategóriáiról

Az előadás a Jogelméleti Szemle 2008/3. számában megjelent tanulmányon alapul:
<http://jesz.ajk.elte.hu/pokol35c.mht>

Számomra mint jogelméleti kutatónak a büntetőjogelméleti kérdések közül a jogellenesség materiális kiterjesztését és a jogi tárgy különböző terjedelmű megragadását vizsgálva az ide vonatkozó büntetőjogi elemzések abból a szempontból fontosak, hogy mi következik a különböző felfogásokból pl. a törvényhozó szerepét illetően, vagy a bíró törvényszöveghez kötöttségére, illetve ennek oldódására, továbbá a jogdogmatika és a jogpolitika elválasztására, vagy éppen összefonására, ugyanígy a büntetőjog és az alkotmányos alapjogok viszonyára, pl. az alapjogok fényében a büntető törvényszövegek részleges félretolásának lehetőségére stb. Ez talán eltérő „rostát” jelent a büntetőjogi anyagok olvasása közben a tételesjogi oldalról közelítő hazai büntetőjogászokhoz képest, akik inkább a büntetőjog belső kérdései fényében dolgozták ezeket fel. Én úgy gondolom, hogy a közös viták mind a két elméleti közösséget gazdagíthatják, és ez egy idő után a két oldal izolált megközelítése szintetizáltabb feldolgozásokra vezethet, majd a jogelmélet és a büntető jogtudomány határán kialakulhat egy rendszeresen üzött büntetőjogelméleti kutatási terület is stabil kutatói stábbal – úgy, ahogy pl. a németeknél létezik.

A következőkben néhány tézisben szeretném összefoglalni mondanivalómat, melyeket részletesebben a Jogelméleti Szemle szeptemberi számában fejtettem ki.

1) Első tézisem, hogy az 1800-as években a németeknél végbement eszmetörténeti fejlődés folyamán leváltásra került a büntetőjogi jogtalanság mint kiindulópont, és helyette a jogállamiságnak jobban megfelelő tényállásszerűség vált kiindulóponttá.

Ha a büntetőjog-történetben visszamegyünk, akkor látható, hogy a tényállásszerűség Cristoph Carl Stübel és Anselm Feuerbach munkássága révén az 1800-as évek elején a *nullum crimen sine lege* elv következményeinek végiggondolása miatt lépett előtérbe. E pontosítás után a büntetni rendelt cselekmény nem úgy általában ütközik a jogrendbe, jogtalanságot megvalósítva, hanem csak ha ez pontosan a tényállásszerűen definiált tiltott cselekményt valósít meg. Csak a tényállásszerűen megfogalmazott bűncselekményekből álló büntetőjog felel meg a *nullum crimen sine lege* elvnek, az analógia büntetőjogban való használatának szigorú tilalma mellett, és a feszes büntetőjogi dogmatika ezutáni kiépítése az 1800-as évek folyamán ebből nyerte az ösztönzést. Olyan szabad és laza szabályozás, mely pl. a magánjogban lehetséges - ahol a bíró tág mérlegelési keretek között mondhatja ki döntését -, a büntetőjogban a *nullum crimen*-elv miatt nem elfogadható. A tényállásszerűségnek ezt a jelentségnövekedését aztán Ernst Beling 1906-os „Die Lehre vom Verbrechen” c. könyvében dolgozta ki rendszeresen, és tette a büntetőjogdogmatika középpontjába. Ha ezt a jogtörténeti változást a szem előtt tartjuk, akkor ezután már nincs értelme általában vett büntetőjogi jogtalanságot megvalósító cselekményről beszélni, hanem csak tényállásszerű cselekményről. Ám egy sor büntetőjogi felelősséget kizáró ok - jogos védelem, végszükség, tévedés, beszámítási képességet kizáró okok stb. - törvényi elismerése miatt egy tényállásszerű cselekmény még nem szükségképpen von maga után elítélést és büntetést, és nem jelent bűncselekményt. Ezért a szabatosan megfogalmazás és a rövid dogmatikai kifejezés követelménye értelmessé teszi, hogy

tényállásszerűségeen túl e szétágazó kizáró okokat átfogóbb kategóriába összefogva is jelezni tudjuk.

2) Következő tézisem, hogy a törvényszöveggel és a jogdogmatikával szembe forduló jogkonceptiók terjedése hozta létre az 1880-as évektől a materiális jogellenesség, majd a társadalmi veszélyesség fogalmát, felhatalmazva a bírakat a törvényhozóval és a jogdogmatikussal való szembe fordulásra.

Franz Liszt-nél indult meg az 1880-as évek végétől az a Stübel/Feuerbach vonallal szembe futó tendencia, hogy a nullum crimen-elv által megkívánt tényállásszerűséget csak mint alaki jogellenességet értékelje le, mely mellett az anyagi jogellenességet emelte igazán a középpontba. Noha ő azért még az előbbit is hangsúlyozta, és csak az ezt a gondolatot továbbvívóknél vált a későbbiekben a törvény félretolhatóvá. Így 1927-ben a német legfelsőbb bírói fórum, a Reichsgericht már elismerte, hogy a jogtárgyak között mérlegelve túl lehet lépni a tényállásszerű pontossággal szabályozó törvénykönyvön. A tényállásszerűség pontosságával szabályozó büntetőjog követelményét mindenek felé emelő felvilágosodás bírói önkénnytől irtózásával szemben az 1900-as évek kezdete a bírói jogot elismerő szabadjogi iskola térnyerését hozta magával. Ez pedig a büntetőjog területén, ha nem is vette vissza nyíltan a nullum crimen-elv fontosságát, ténylegesen a bírák által felülírhatóvá tette.

Érdeemes kitérni arra, hogy a büntetőjogban ez a fejlemény Rudolf von Jhering jogfelfogására megy vissza, és az itteni Jhering-továbbvitel alapvetően eltér a magánjogban némileg később induló érdekkutató jogtudomány Jhering-továbbvitelétől. Az, hogy a bűncselekmény nemcsak az ezt körbeíró jogszabály szempontjából értékelhető, hanem a minden szabály mögött meghúzódó és azt szülő érdekek oldaláról is, azt Jhering a „Der Zweck im Recht” c. nagy monográfiájában fejtette ki általános jogfelfogásként. Ez a gondolat átfogó jogelméleti szinten aztán 1912-től indulóan Philipp Heck révén kapott nagy befolyást, kialakítva az érdekkutató jogi iskolát („Interessenjurisprudenz”), amely különösen a magánjogban és a kereskedelmi jogban vált uralkodó irányzattá az 1900-as évek első felében. Ám ez - szemben a szabadjogi iskola törvényszövegtől elszakadásával és a szöveggel való bírói szembe fordulás propagálásával - állandóan hangsúlyozta a törvényhűséget. Ugyanis az érdekkutatók a szabály mögötti érdeket *mint érdekkonfliktust* fogták fel, és felfogásuk szerint a törvényhozó az adott szabállyal mindig az érdekkonfliktusban dönt az egyik irányba. Ehhez az érdekdöntéshez aztán a bíró kötve van, amikor elé terjesztenek egy konkrét jogi vitát. Vagyis nem a szabály és a valamiképpen tőle független érdek kettőséből indultak ki Heckék az érdekkutató iskola kialakításánál. A büntetőjogban azonban ebbe az irányba mentek el, még Philipp Heck 1912-fellépése előtt. A büntetőjogban a szabály és a mögöttes érdek elszakításával a szabályt leértékelték a bíró számára pusztán „alaki szabályozásként”, és a fontosabb támpontot számára az a szabály mögötti érdekekben adták meg, anyagi jogellenességként megfogalmazva ezt, míg a néhány évvel később induló Interessenjurisprudenz felfogásában a szabály maga az érdekkonfliktus absztrakt szintű eldöntése, mely érdekdöntéshez a bíró aztán kötve van a későbbiekben.

A hazai jogtudományba Finkey Ferenc hozta be ezt az eszmét, és különböző áttételeken ez fennmaradt az állampárti időkben is mindvégig. Én úgy gondolom, hogy később, az állampárti időkben a diktatórikus központi államkarakterrel szemben a jogászság egyik szellemi fogódzóját is jelenthette, ha a központilag diktált törvényi szöveghez képest utólag a materiális jogellenesség, vagy más megfogalmazásban a társadalomra veszélyesség kategóriája révén bírói és jogtudósi felülbírálásra nyílt lehetőség. Egy többpártrendszerű pluralista demokráciában azonban, ahol egy-egy ciklus után az állampolgárok milliói leválthatják a

kormányt, és a törvényhozás fő szabály szerint jogtudósi közösség bevonása mellett történik, ezek az okok nem állnak fenn. Számomra tehát a demokrácia és kiszámítható jog és jogbiztonság központi értékei miatt a felvilágosodás valamikori követelményei éppúgy állnak, mint akkor, így a formális jogellenesség mellett egy parttalanná tevő materiális jogellenesség bevezetése problémákat jelent.

3) További tézisem, hogy a jogi tárgy kitágítása, és ezen keresztül a büntetőjog alkotmányjogi ellenőrzés alá helyezése elvéti a jogi tárgy szerepét, mert ez ellenőrizhetetlen politikai érték-szembenállásokat tol be a büntetőjog területére. A jogi tárgy kategóriája csak a dogmatikai rendszerezés taxonómiai, osztályozási tevékenységét tudja ellátni, mint a szétágazó különös részi tényállások százainak egységesítő regisztere.

Erre a kitágításra három vezető német szerzőt veszek szemügyre röviden, Claus Roxint, Winfried Hassemert és Bernd Schünnemant.

a) Roxinnál a jogi tárgy kategóriája ehhez úgy csatlakozik, hogy a jogalkotó csak jogi tárgy védelmére alkothat bűncselekményi tényállást, és ennek hiányában nem fenyegethet egy cselekvést büntetéssel. A megoldás szerinte abban állhat, ha a jogi tárgyakat mint az alkotmány elveinek korlátrendszerét fogjuk fel a büntetőjog alkotói előtt. Ezzel Roxin meg is emeli a jogi tárgy kategóriájának jelentőségét, mert a jogi tárgyak így nem egyszerűen az egyes jogtudósok szellemi alkotásaként jelennének meg, hanem mint az alkotmányból folyó köteleességek a büntetőjog alkotója felé. A gond az Roxin materiális bűncselekmény-fogalomra törekvésével, hogy a jogtudomány (jelesül: a büntető jogtudomány) területébe kívánja bevinni ezt az alapvetően kriminálpolitikai területet, és tudományos választ kíván adni arra, ami csak eldönthetetlen ideológiai értékválasztás lehet. Ezeket a tudományosan eldönthetetlen értékválasztásokat ugyan az alkotmánybíróságok intézményesítésével egy sor országban a részben napi politika felett álló fórum révén államilag eldönthetővé tették, de ezek érvelései egy-egy ilyen döntésnél továbbra sem tekinthetők tudományos érveléseknek, amit az mutat a legjobban, hogy új alkotmánybírói stábok kinevezésével alaposan eltérő érvelések fognak születni mindig a későbbiekben - hol ennek, hol annak a politikai tábornak kedveze. Összegezve tehát, a materiális bűncselekménytan a jogpolitikai értékválasztásokat igyekszik „eltudományosítani”, és ezzel eltorzítja e tézisek jellegét, hisz így a materiális bűncselekménytan mindenkori megfogalmazójától függ, hogy melyik társadalmi-politikai csoport preferenciái által szelektált büntetőpolitikai vezérlő elveket fogja ebbe belevenni, és melyeket mint „megcáfoltakat” kihagyni. Ezen nem változtat az sem, ha az alkotmány absztrakt elveiből igyekszik levezetni ilyen büntetőpolitikai vezérlő elveket - ahogy Roxin teszi -, hisz itt ugyanúgy szembenálló értékvilágok általi interpretációk lehetségesek. Így a különbség csak annyi lesz, hogy a szembenálló jogpolitikusok (illetve a politikai táborok baráti jogászprofesszor segítői) jogforrási szintet váltanak, és most már nem a törvényhozás konkrétabb szabályozási szintjén vitatják meg a de lege ferenda alternatívákat, hanem az alkotmánybírói döntések számára kidolgozott alternatívák szintjén. *A jogi tárgyat tehát elszakítva a materiális bűncselekménytan igényeitől, le kell szűkíteni az egyszerű metodikai szerepre, a bűncselekményi tényállások sokaságában szükséges rendteremtés puszta taxonómiai segítőjének szerepére.*

Ebben a szerepben azonban fontos funkciója van a jogi tárgynak, mint a Roxin-tanítvány, Knut Amelung kiemelte. Amelung nagyrészt szakított mestere materiális bűncselekmény-fogalomra törekvésével, mely az értékvilágra alapozással a törvényhozónak direktívákat kívánt valamiképpen adni. Ezt a szakítást a világos indokkal támasztja alá, hogy a pluralista társadalomban az érték-együttesek pluralitása létezik, és az eltérő társadalmi rétegek és

csoporthoz tartozó értékpreferenciákkal rendelkeznek. Csak a sokmillió állampolgári tömeg parlamenti választása és egy törvényhozási többség létrehozása egy-egy ciklusra tud ebben ideiglenes nyugvó állapotokat létrehozni. Az érték-együttesek közötti választás és ez alapján direktívák adása a törvényhozó felé így nem a társadalomtudósok és a büntetőjogászok feladata, hisz ők csak a saját társadalmi csoportjaik értékhangsúlyait tudják kötelezővé tenni.

Am, ha politikai kritikai funkciót nem tud ellátni a büntetőjogi jogi tárgy-elmélet egy demokráciában, a rendszerezés mellett ehhez kötődve még egy további funkcióját is ki lehet emelni. Azt kell látni, hogy a valóság fizikai és biológiai szférájára ráépülő emberi közösségek értelmi termékeket (normákat, szavakat, fogalmakat, hiteket, értékeket) létrehozva ezekből szilárd értelmi összefüggéseket építenek fel. Minél fejlettebb szintre jut egy társadalom, annál vastagabb értelmi összefüggéstömeg, értelmi mechanizmusok tömege élte a társadalmat. E mechanizmusok szem elé tartása és észlelése csak szellemi reflexió alapján lehetséges, míg az egyszerűbb társadalmak szintjén a közösség sértése mindig fizikailag észlelhető sértésekben is lecsapódik. Életet, vagyontárgyat, a másik testi szabadságát sértik ezek. Nos, a jogi tárgyban gondolkodás kényszeríti a büntetőjogászt arra, hogy miközben büntetni akar egy-egy cselekményt, előtte hozza tudatos értelmi reflexióval a szem elé, hogy mit is akar itt megvédeni. Vagyis magasabb értelmi fejlettségi fokon az egyre értelmibb társadalmi mechanizmusok reflektált szem elé tartása is külön funkcióvá válik a büntetőjogi életben. (Zárójelben megjegyezve úgy gondolom, hogy ez a gondolatmenet adhat magyarázatot az egyre inkább terjedő absztrakt veszélyeztető bűncselekményekre is, de ennek megtárgyalására külön konferencia kellene.)

b) Hassemer a jogi tárgy kettős természetét rögzíti, egyrészt jogdogmatikai másrészt jogpolitikai (kriminálpolitikai) szerepéről ír, az elsőt rendszerimmanens, a másodikat rendszerkritikai funkciónak nevezve. Majd ezután jelzi hogy számára jogi tárgy kategóriánál a második, a kriminálpolitikai szerep a fontos. A világos kettéválasztás és saját elemzéseinek a kriminálpolitika területére tartozóként minősítése mindenképpen üdvözlendő, mert az egyik legnagyobb zavart az jelenti a jogi tárgy elemzése kapcsán mind a németeknél - és a néhány magyar anyagot olvasva talán az itthoniaknál is -, hogy a két értelmet érintve problémamentesnek vélik, hogy mindkettővel büntetődogmatikát művelnek. Pedig Hassemer jelzése helyesen emeli ki, hogy csak a jogi tárgy kategóriának a különös részi büntetőtényállások rendszerező-osztályozó aspektusa jogdogmatikai, és a törvényhozó számára a különböző értékválasztásokból adódó kritikai elemzések arról, hogy mit lehet, vagy éppen mit kell büntetőtényállássá formálnia, az a politikai táborok jogpolitikai harcainak területét jelenti. Noha e jelleg álcázása és semleges-megdönthetetlen jogdogmatikai érvelésnek feltüntetni a siker egyik eszköze lehet a jogpolitikai harcok mezején, de ez nem csaphatja be a semleges jogtudományi elemzőt.

Nos, Hassemer nem teszi ezt, és nyílt sisakkal lép elénk jogi tárgy elemzéseivel mint kriminálpolitikus. A jogi tárgy természetét az alkotmányos alapjogok analógiájára fogja fel, mely éppúgy korlátozza az államot egy cselekvés büntetőjogi szankcionálás alá vonásában, mint az alapjogok is, így a jogi tárgy egy negatív irányú, a büntetőállamot korlátozó funkciót tölt be. Ezt úgy támasztja alá, hogy kiemeli a német alaptörvény 2. cikkelyében rögzített, „a személyiség mindenoldalú kifejlesztéséhez való jogot”, és ezt - meghatározott periódusok alkotmánybírói többsége által kifejtett tézisekre támaszkodva - mint általános cselekvési szabadságjogot az egész jogrendszer középpontjába állítja. Ebből fakadóan Hassemer a teljes büntetőjogot az alkotmányos alapjogi instrumentárium alapján igyekszik felépíteni, és amennyiben levezethető az alapjogokból egy elismerhető jogi tárgy, akkor azon belül is az alapjogi korlátozás ottani tesztjét, az arányosság követelményét tartja a büntetőjogi szabályozás

elé. A klasszikus liberális jogi tárgy felfogásba és büntetőjogi koncepcióba ugyan csak az „Übermaß”, a túlzott büntetőjogi szabályozás kritikája fér bele, de jelzi Hassemer, hogy újabban az alsó küszöb megkövetelése, vagyis egy cselekvés büntetőjogi szabályozás alá vonásának követelése is felmerült a német alkotmánybíróság döntéseiben, így az alkotmányjogiasított jogi tárgy kategória a korlát szerep mellett mint bűncselekményé formálási követelmény is funkcionálhat. Hassemer maga kritikusan áll ezzel szemben, és az általa felhozott példa mutatja is ennek okát. A német alkotmánybíróság ugyanis az egyik periódusában, amikor nem liberális irányú többség dominált benne, az abortusz szigorú tilalmazása felé ment, el, és e mellett még követelményként is előírta a törvényhozó felé, hogy a meg nem született élet védelme érdekében pönalizálja az abortuszt. Jelzi ezután még Hassemer, hogy az alkotmánybírói stáb belső viszonyainak eltolódás a politikai értékvilágok között később aztán azt eredményezte, hogy a Szövetségi Alkotmánybíróság a vonatkozó új határozatában a pönalizálást most már éppen hogy eltörölni követele, és e helyett az abortusz előtti tanácsadáson megjelenésre kötelezés törvénybe foglalására utasította a törvényhozót.

Ezek a bonyodalmak jól mutatják a büntetődogmatika alkotmányos alapjogokhoz kötésének hátulütőit, és az ebből fakadó kriminálpolitikai követelmények szükségszerű változásait. Ugyanis amikor egy kereszténydemokrata és katolikus értékekhez ragaszkodó alkotmánybírói többség egy szabadelvűbb és liberálisabb többség felé tolódik el - akár egy bíró cseréje után -, akkor az egész addigi alkotmányjogiasított büntetőjogi szabályozás változás alá kerül, és amit eddig alkotmányos követelményként írtak elő az mostantól kedve alkotmányellenessé válik, majd egy újabb alkotmánybírói többség létrejötte után ismét kezdődik minden előről. Ismét leszögezhetjük tehát: a formális bűncselekmény-fogalom és büntetőjog fölé egy „materiális” büntetőjog megkonstruálására törekvés a jogdogmatika szintjén reménytelen vállalkozás, mert ami politikai értékválasztás függvénye azt nem lehet logikai természetű semleges döntéssé tenni.

c) Jól mutatják ezt Bernd Schünemann jogi tárgyra vonatkozó elemzése is, aki az alkotmányjogi elvekhez kapcsolt jogi tárgy kategóriájának bevetésével néhány, eddig szentnek tekintett büntetőjogi alapelv félretolását is lehetőnek látja. Így - szemben a jogi tárgy Amelungnál látott törvényszöveghez hű maradó jogalkalmazói értelmezésbe bevonásával - a büntetőtörvénykönyv szövegétől elszakadó, szabad bírói jogértelmezés eszközeként fogalmazza meg ennek szerepét. Vagyis az alkotmányjogi alapjogok absztrakt jogelvi szintű támpontjai Schünemann-nál már nemcsak az alkotmánybírói döntésekhez kötöten, azok függvényében jönnek be a büntetőjogba, hanem ezt félretolva már *bármely büntetőbíró által közvetlenül is használhatóan* - a törvény szövegével szemben is („gegenüber dem bloßen Wortlaut des Gesetzes“!). Hadd jelezzem, hogy ez máskülönben szemben áll a német alkotmánybíráskodási gyakorlatban megfogalmazott alkotmánykonform jogértelmezés korlátaival is, mert a szerint bár a törvényeket az alkotmány előírásai fényében kell értelmezni, de arra nem lehet felhasználni az alkotmányt, hogy a törvény szó szerinti értelmével szembe fusson az értelmezés.) Ha nem lehet bízni az alkotmánybírákban, akkor a büntetőbíró maga veszi kézbe a dolgokat a törvényhozó és a törvényszöveg fölött álló „alkotmányos” jogi tárgyak alapján - vonhatjuk le Schünemann tézisét, és eddig azért Hassemer nem ment el.

4) A következő tézisem mindezek után, hogy a jogdogmatikát és a jogpolitikát tisztán el kell határolni ahhoz, hogy ne lehessen a politikai értékelések különbségeit bevinni a jogdogmatikába és mint jogdogmatikai szükségszerűséget állítani a büntető-jogtudomány képviselői és a demokratikus törvényhozás elé állítani. A tiszta elhatárolás alapja pedig csak az lehet, hogy amíg pusztán logikai összefüggések merülnek fel egy-egy kategóriában az a

jogdogmatika területe, ám amint értékválasztások lépnek be, és ez alapján lehet dönteni, az már a jogpolitika területére tartozik.

Az átfogóbb jogelméleti szinten megjelenő problémát úgy fogalmazhatunk meg, mint *a jogtudományi szellemi termékek jogpolitikai alternatívákká válásának területét*, melyekből a társadalom különböző politikai táborai az értékeik és ideológiai világnézetükhöz közelálló jogászprofesszorok segítségével kiválasztják a programjaik és mögöttes társadalmi csoportjaik által preferált büntetőszabályozási alternatívákat és ezek vezérlő elveit. Pl. a kisebbségi csoportok szavazataira kiemelten építő liberálisok feltehetően azokat a vezérlő elveket fogják támogatni, melyek - hogy Roxin fenti példájánál maradjunk - a homoszexuális jellegű erőszakos nemi bűncselekményeket éppolyan tényálláselemekkel írják le, és büntetési tételekkel sújtják, mint a különműveket illetőket – fellépve aztán azokkal a hatályos büntetőjogi normákkal szemben, melyek eltérő mércéket használnak e téren -, míg ezzel szemben a hagyományos családoknak és a heteroszexuális nemi kapcsolatoknak nagyobb súlyt adó kereszténydemokrata pártok e dilemmában feltehetően a homoszexuális jellegűek tényálláselemeit és büntetési tételeit szélesebben és súlyosabban büntető megoldások felé hajlanak majd, és azokat a vezérlő elveket támogatják, melyek egy ilyen büntetőjogot tesznek lehetővé. Vagyis az eltérő politikai táborok különböző világmépei és preferált társadalomépítési vízióik révén egy sor büntetőjogi elv és büntetőjogi tényállás de lege ferenda javaslatai között szelekció megy végbe folyamatosan e táborok jogpolitikusai és baráti jogászprofesszorai tevékenységében, és a választásokon törvényhozási többséghez és kormányra jutva valamelyik tábor büntetőpolitikává transzformált elképzeléseiből büntetőjogi rendelkezések, új büntető tényállások jönnek létre. Nincs tehát egy „tudományos” büntetőpolitika, vagy az, hogy az egyik tudományosabb lenne, mint a másik, hanem csak különböző, politika felé transzformált tudományos elképzelések, melyek a rivalizáló világnézetek és társadalomépítési tervek által meghatározottak. Mint Wolfgang Naucke írta már húsz évvel ezelőtt: „Sokan a politika eltudományosítását követelik, és azt, hogy a politika vegye át a ’jó’, tudományos büntetőjogi modelleket a jogtudománytól. Ez azonban csak egy hiábavaló játék, mert egy absztrakt-utópikus állami politikát képzelnek el, amely a pártpolitikák fölött állva tudományos lehet”.

5) Végül utolsó tézisemben a bűncselekménnyé-formálás elvi alapjaihoz utalni szeretnék az angol-német Andrew von Hirsch Cambridge-i professzor elemzésére, aki a német jogi tárgy kategóriát ennek angol megfelelőjével, a harm principle"-lel hasonlította össze, és jelezte, hogy Joel Feinberg amerikai morálfilozófus e mellé behozta az „offence principle”-t is mint a bűncselekménnyé nyilvánítás további legitimáló alapját.

A „harm principle” eredetileg a liberális politikai értékvilágból kitekintve alkotó John Stuart Mill tézise volt, mely az állam büntetőjogi fellépésének határait a másoknak okozott károkhoz kötötte. Ezzel egy sor vallási előírást és érzelmet sértő cselekmény kiesett a pönalizálás lehetőségéből, mert ezek mint pusztán eszmei sérelmek nem okoztak károkat. A liberális politikai pártok aztán kormányra kerülve később felhasználták e tézist a korabeli büntetőjog tényállásainak alapos megrostálásra, de az idők folyamán nyilvánvalóvá vált ennek szűkössége, és tágabb elvek mentén a pönalizálás határainak megfogalmazása. Az 1980-as években az amerikai Joel Feinberg e törekvések összefoglalására bővítette ki a „harm principle-t” mint a büntetőjog legitim határának alapját az „offence principle”-vel, mely a másoknak károkozás mellett a mások érzelmeinek, személyi integritásának a sérelmét foglalja magában. Pl. nyilvános szexuális cselekmények szankcionálásának büntetőjogi alapját ez adhatja meg, és a német fordításban ez a „Belästigungsprinzip”-et jelenti, magyarosan talán érzelmi felháborításnak fordíthatjuk ezt. Feinberg e területen zsinórmérceszerű követelményeket fektetett le, mint pl. a védett érzés széles elterjedtségét, intenzivitásának magas fokát. Erre talán

példának lehet hozni a vérfertőzéssel szembeni társadalmi érzelmeket, és amelyeknek ilyen jellegét nagyon is megtapasztalhatták egyes büntetőjogászok, amikor Svájcban az 1980-as években egy ilyen jogászokból álló szakértőbizottság - jog tárgy hiányának okán - javaslatot tett a vérfertőzés pönalizálásának leszűkítésére az egyenesági leszármazók viszonyában, és társadalmi felháborodás gyorsan levetette ezt a nyilvános megvitatás elől. Noha Hirsch kritizálja Feinberget, hogy az offence principle túlságosan szubjektív jellegű, és nehéz ez alapján a legitim pönalizálás határait meghúzni, de más német szerzők kiemelik, hogy ezzel a németek jogi tárgy elméletének túlságosan szűk határait (mely nagyjából a harm principle-pel egyező módon húzza meg a legitim pönalizálás határait) tágítani lehet, és az absztraktabb érzéseket és értékeket sértő cselekményeket is be lehet ide vonni, ahogy a tényleges német büntetőjogi tényállások teszik is. Persze ez csak általános kriminálpolitikai háttér lehet, mert ténylegesen amúgy is mindenkor a parlamenti erőviszonyok szerint domináló politikai táborok döntenek el a pönalizálás határait.

Pokol Béla
Habermas diskurzusetikájának összehasonlítása Hart és kritikusi jog- és morálelméletével

A jog morállal összekötésének két irányzata fejt ki hatást az elmúlt évek vonatkozó tudományos irodalmában. A filozófus Jürgen Habermas a morálelmélete kapcsán emelte középpontba a jog és a morál összefüggésének kérdéseit, és kapcsolódásukat a jog törvényalkotási folyamataiban igyekezett erősebbé tenni. E törekvései közben éles különbséget tett a közerkölcs és a tudatos érvelésre alapított morál között, és a mai - általa teoretikusan feltett - posztkonvencionális társadalmakban már félretolhatóknak tekinti a közerkölcsöt, és a tudatos morális érvelés hatását igyekszik a törvényhozás kapcsán felerősíteni. Ezzel szemben az angol Hart a konvencionális erkölcs és a törvényhozás kapcsolatát emelte ki, míg angol illetve amerikai kritikusi inkább Habermas vonalán haladva a jog kritikai morállal összekötését kívánták megvalósítani. Ám míg ez az álláspontjuk egyezik Habermas törekvéseivel, abban már eltértek tőle, hogy a jog és a morál kapcsolódását nem a törvényhozás folyamataiban igyekeztek létrehozni, hanem azt félretolva a bírói döntési folyamatok átmoralizálása révén. Lényegében tehát két disztinkció mellett tudjuk a kiindulópontban összefoglalni a jog és az erkölcsi/morális szféra kapcsolódásainak elméleti vitáit: a jog törvényhozási vagy bírói folyamataiban jöjjön létre ez a kapcsolat, illetve hogy akár így, akár úgy, de a további kérdés még, hogy a közerkölcs vagy a kritikai morál síkján legyen a jog és etikai szféra összekötése. Nézzük meg e törekvéseket részletesen.

1. Habermas diskurzusetikája

Habermas az 1980-as években a kommunikatív cselekvéseméleti főműve után foglalkozott több tanulmányban a morál és az erkölcs kérdéseivel, és ezek összegző művének részleteit magyar nyelven is megjelentették (Habermas 2001). Majd ezek nyomán 1992-ben egy nagy morálfilozófiai szintézisben összegezte elgondolásait „Faktizität und Geltung” címmel. A következőkben e két mű alapján elemzem Habermas morálelméletét.

1.1. Habermas morálelméleti gondolatainak formálódása

Habermas megkülönböztet empcionista etikákat, decizionista etikákat és kognitivisták etikákat, és magát a kognitivisták csoportjába sorolja. Ezek Kant és a kanti észmorál (Vernunftmoral) óta cáfolják, hogy a gyakorlati kérdések nem közelíthetők meg az „igazságra való képesség dimenziójában”(Habermas 2001:122.). Ide tartozik Ernst Tugendhat, John Rawls, Marcus George Singer, Paul Lorenzen, Kurt Baier és Karl-Otto Apel. Ezért a filozófiai etikának ez a faja hamar érveléseméletté válik - mondja. Habermas e tipológiával szemben idézni lehet Nyíri Tamás fejtegetését, aki a görög „éthikosz” szó eredeti jelentését - amit a rómaiak „moralis” szóval fordítottak - a „jellemhez tartozó”-ként adja meg, tehát amikor az ember cselekvését úgy vesszük figyelembe és ítéljük meg, hogy mi az, ami ebben a jelleme által mélyebben meghatározott (Nyíri 2003:25). Habermas tipológiája szerint ez hozzávetőlegesen az empcionista etikát jelentené, ám ez megrövidíti azt, hogy ez a pusztán érzelmi létező mélyebb, a jellemhez tartozót jelenti, azokat a

tartós cselekvési beállítottságokat, amely a jellemből eredően határozza meg a mindennapi cselekedeteink bizonyos szeleteit. A morálnak ez a megragadása nem tolható el egy kognitivistá érvelésméletté.

Habermas jelzi, hogy Hegel a kanti „Moral”-al szemben a közerkölcs (Sittlichkeit) primátusát vallotta, és bírálta Kantot. Idézi még Stephen Toulmin 1950-es „The Place of Reason in Ethics” c. művét, mint a kognitivistá megközelítés egyik példáját, aki persze szerinte csak a kérdést tette fel jól, és nem a válasza volt erre meggyőző. „Az erkölcsi indoklás más fényben tünteti fel a problematikussá vált cselekvésmódot: mentegeti, bírálja vagy igazolja azt” (Habermas 2001:128.) - ahogy a teoretikus érv a közvetlen észlelés esetleg becsapó voltát feltárja.

Habermas megkülönbözteti az igazságigényeket, a helyességi igényeket és a hitelességi igényeket, és míg az első kettőt beszélő diszkurzíven, indokok előadásával védi meg, addig a hitelességigény mögött a konzisztens viselkedése áll - vagy nem áll, és akkor ezen igény beváltása sikertelen lesz. Ugyanígy e három igényhez a beszédaktusok szintjén a három fajta a konstatív beszédaktus, a regulatív beszédaktus és az expresszív beszédaktus. A konstatív beszédcselekvésekben asszertórikus mondatok állnak, a regulatív beszédcselekvésekben a normák. Ezután a normák objektivitásáról beszél, amely - mivel a normák szellemi jellegűek és a társadalmi rend létevel függnek össze - csak az objektív szellem értelmében lehetséges, szemben a tények objektivitásának cselekvéstől való függetlenségétől: „A normák példának okáért rá vannak utalva arra, hogy a legitim módon megszervezett személyközi viszonyok újra és újra létrejöjjenek” (136.). Habermasnak ez a létrelevancia kérdését boncolgató fejtegetése különösen a következő mondatból érthető: „Míg a létező tényállások és az igaz kijelentések közötti viszony egyértelmű, addig a normák „fennállása” vagy szociális érvénybenlevősége (soziale Geltung) még semmit sem mond arról, hogy érvényesek-e (gültig). Különbséget kell tennünk egy norma személyközi elismertségének társadalmi ténye és elismerésre méltósága között. Jó okaink lehetnek arra, hogy jogosulatlan tartsuk egy szociálisan érvényes norma érvényességi igényét, ahogy egy normának sem kell tényleges elismerésre találnia, csak azért, mert érvényességi igénye diszkurzíven beváltható. A normák érvényesítése kettős kódolású (...) a normák pozitivistá életbeléptetése nem elegendő társadalmi érvényességük tartós biztosításához. Egy norma tartós érvényessége attól is függ, hogy egy adott hagyomány összefüggésében mozgósíthatók-e olyan indokok, amelyek a szóban forgó érvényességi igényt legalábbis jogosultként tüntethetik fel a címzettek szemében. A modern társadalomra kivetítve ez annyit jelent: legitimitás nélkül nincs tömeges lojalitás” (136.) Csak az utolsó mondatához annyit, hogy ez alapos elcsúsztást jelent Habermas 1970-es legitimitációs anyagaihoz képest, mert akkor a politikai hatalomgyakorlás egész szerkezetének igazolásáról beszélt, és jelezte még külön is, hogy ez felmenti a modern demokratikus államot az alól, hogy minden egyes döntését még külön is legitimálja: a lecserélhető kormány konstrukciójával a ciklus alatt - a leválthatóság intézményesítése - mentesíti az esetenkénti legitimitáció alól (lásd Habermas 1976:281). Nos, ez itt a minden egyes meghozott törvény legitimitásával kihúzza a talajt a korábbi, átfogóbb hatalmi szerkezetre szabott legitimitációs elmélete alól. Másik megjegyzés, hogy ez itt bizonyos fokig Weber-nak a jogszabályok faktikus érvényességének és eszmei érvényességének kettőset idézi, de azzal a különbséggel, hogy Weber az eszmei érvényességet *az új jogi szabály meglévő értelmi összefüggésekbe beilleszthetőségével fogalmazza meg* - dogmatikai rendbe beilleszthetőséggel - és nem egy normatív „elismerésre méltóságot” ért ez alatt. Ez utóbbit értelmezte át Habermas a jogi moralisták stílusában.

E magasabb elismerésre méltóság igazolása a gyakorlati diskurzusban lehetséges csak, és ahogy az elméleti diskurzusban az indukció különböző kánonjai segítségével haladnak előre, úgy a gyakorlati diskurzusban is egy áthidaló elv kell a megalapozáshoz. Ez az erkölcsi elv az univerzalitás, az „egyetemesítés” elve. Bár már maga a diskurzusetikának is alapelve az

egyetemesség, és e szerint egy norma csak akkor tarthat igényt érvényességre, ha minden általa - feltehetően - érintett személy egy gyakorlati vita résztvevőjeként egyetértésre jut (vagy jutna) abban, hogy valóban érvényes. „E diskurzusetikai alapelv (D) előfeltételezi, hogy a normák megválasztása megokolható, és itt épp ezzel az előfeltevéssel van dolgunk. Az U-t olyan érvelésméleti szabályként vezetem be, amely akkor tesz lehetővé egyetértést a gyakorlati vitákban, ha a tárgykörök minden érintett közös érdekében szabályozhatók” (Habermas 2001:139.) Később a két érvényességet „társadalmi érvénybenlevőségnek” és „parancsoló érvényességnek” is nevezi (144.).

Az alacsonyabb szintű „közerkölcs” és az életvilág összefüggése: „Az erkölcsi érvelés résztvevőinek szemszögéből az életvilág, amelytől a vita közben távolságot tart, a közerkölcsiség szférájának mutatkozik, ahol összefonódnak egymással az erkölcsi, a kognitív és az expresszív eredetű kulturális evidenciák. A életvilágban a kötelességek olyannyira behálózják a konkrét életvezetési szokásokat, hogy magától-értetődőségüket a háttérbizonyosságból meríthetik. Az igazságosság kérdése itt csak a jó életre vonatkozó, már mindig is megválaszolt kérdések látóhatárán belül merülnek fel (...) a normák áthagyományozott egésze csak elvek alapján igazolható, illetve a csak tényszerűen érvényes dolgok halmazára esik szét. Megszűnik az érvényesség és a társadalmi érvénybenlevőség életvilágbeli összeolvadása” (167.)

A „Morális tudat és kommunikatív cselekvés c. részben (169-217) - szintén a *Moralbewußtsein...* c. kötetből - a Kohlberg általi erkölcsi fejlődésre vonatkozó empirikus felmérést elemzi, és használja fel. De ennél kritikusan ki kell emelni, hogy Habermas nem zavartatja magát Kohlberg kimutatásától, mely szerint a társadalom nagyon nagy többségénél a közerkölcs, a konvencionális erkölcs szintjén való cselekvés uralma a jellemző, és a posztkonvencionális erkölcs empirikus létezésének hiánya és csak elméletből következő feltételezése derül ki felméréséből. Tehát míg az elfogulatlan elemző kifejezetten Habermas cáfolatát látja Kohlberg felméréséből, ő inkább alátámasztásként elemzi ezt.

Végül „A gyakorlati ész pragmatikai, etikai és morális használatáról” c. rész (218-229 p.) zárja a kötetet, és ez 1991-ből való az *Erläuterungen zur Diskursethik* c. kötetéből. Itt összegzi röviden az egész moráleméletét, és kiemeli, hogy míg az erkölcsi diskurzus a jóra, a jó életre irányul, addig a morál és a morális diskurzus az igazságosságra törekszik a cselekvésekben, és ez a kanti kategórikus imperativusz univerzalizáló elve alapján lehet csak megállapítani. Amikor az egyes döntését az ember úgy tematizálja, hogy nem pusztán a célszerűt nézi meg, hanem egyén identitását szemlélve azt kérdi, hogy milyen életet akarok én élni, és ebből a szempontból az adott cselekvés, hogy viszonyul ehhez, akkor az erkölcsiség kérdését teszi fel. De ha azt kérdi, hogy cselekvése igazságos-e, vagyis cselekvésem maximája ezután bárki számára normaként ajánlható-e, akkor a morál területére lép fel. Tehát míg az első még partikuláris egy szintig (hisz mégis az én identitásom szabja ezt meg, amit partikuláris élettörténetem is befolyásol), addig a morális igazodás már univerzális.

Habermasnak ezt az állítását azonban vitatni lehet, ha azt emeljük ki, hogy az egyes ember az önidentitásához az alapokat a társadalmi környezetéből veszi, és az által jóváhagyottan, abból szocializálva belsővé tettek a normatív támpontjai. Ez a társadalmi környezete pedig mindig az igazságosság szempontjait is figyelembe veszi az egyes normák kialakulásánál. Így Habermas, mikor az igazságosság kérdéseit elszakítja az erkölcsiségtől és absztrakt elvekből deduktív érveléshez kötve engedi csak létezni egy külön morális szféra alakjában, implicite tagadja a társadalmi közösségek igazságossági elképzeléseit, és ki nem mondva a teoretikus szűkebb filozófuskörökhöz telepíti át ennek meghatározását. „Még az etikai kérdések sem követelik meg az egocentrikus nézőponttal való teljes szakítást, hiszen saját életem teloszára vonatkoznak. Ebből

a szempontból más személyek, élettörténetek és érdekhelyzetek csak annyiban tesznek szert jelentőségre, amilyen mértékben interszjektíve osztott életformánk keretében az én identitásomhoz, az én élettörténetemhez, az én érdekhelyzetemhez kötődnek. (...) Amint azonban maximáinkat a mások maximáihoz való összeegyeztethetőség szempontjából vetjük ellenőrzés alá, máris a morális nézőponthoz közeledünk”. (221-222.). A hiba itt is ugyanaz Habermas érvelésével, mert az ember a saját élete „teloszára” a normatív támpontokat nemcsak a „szűk önző” környezetből veszi, hanem az európai társadalmak szűk környezeteinek normatív támpontjait pl. a kereszténység univerzális elvei, a görög drámák normatív tanulságai stb. is évszázadok óta befolyásolják. Vagyis leértékeli Habermas a szűkebb közösségek normatív támpontjait az önzésre, és csak ettől függetlenül - az intellektuális körökhöz áttolva - látja az igazságosság elveinek érvényesülését.

Végül a rész lezárásaként írja: „Az etikai-politikai diskurzusokban a kollektív identitás olyan tisztázásáról van szó, melynek teret kell engednie az individuális élettervek sokféleségének. A morális parancsok elvárhatóságának problémája átmenetet sürget az erkölcstről a jogra” (228.)

1.2. Habermas Ténylegesség és érvényesség c. kötetéből kiemelhető morálelmélete

Habermas 1992-ben megjelent *Faktizität und Geltung* c. összegző jellegű morálfilozófiai művében az előbb jelzett elemzések szélesebb bázison jelennek meg, és ez a mű a morálon kívül a politika és a jog átfogó elméletét is tartalmazza. Három témát érdemes most kiemelni ebből a kötetből. Jelezni kell röviden, hogy a legitimitás és a legitimitáció korábbi elemzése alaposan megváltoztak Habermasnál (1); ki kell térni arra, hogy a közerkölcs és a kritikai morál, amit a *soziale Geltung* és a *Gültigkeit* - a normák tényleges érvényessége és elismerésre méltóságukat magában foglaló parancsoló érvényesség - differenciája is kifejez, Habermasnál a politikai akaratképzésbe belefoglalva mint egy minőségi politizálás jelenik meg, a politikai hatalom fogalmát elvetve a kommunikatív hatalom elnevezés alatt (2). Már itt jelezni kell, hogy ezzel Habermas a jogi moralizmushoz kerül közel, ám míg ennek főiránya az amerikai-angol jogfilozófiában a demokratikus komponens negligálásával a bírói szerep középpontba emeléséhez és átmoralizálásához vezet, addig nála megmarad a bírák alárendelése a társadalom felől érkező meghatározást tartalmazó jogszabályoknak, csak éppen ez a társadalom felől érkező meghatározás a milliós tömegek helyett átkerül a szűk értelmiségi körök kezébe. A dolgozat befejező része ezt fejti ki részletesen.

1.2.1. Habermas legitimitás-fogalmának eltolódása.

Úgy tűnik, hogy az 1970-es évek eleji legitimitációs anyagokhoz képest egy eltolódás ment végbe Habermas legitimitás- és demokrácia-felfogásában. Miközben akkor a demokratikus választások által a hatalmi rendszer egészének legitimitását elegendőnek tartotta a hatalom stabilitásához - még ha Claus Offe nyomán jelezte is a tömegmanipulációk miatt a legitimitás pusztító tömeglojalitássá silányodásának veszélyeit - addig a '80-s évek elejétől a milliók általi demokratikus választásokon nyugvó hatalmi rendszert nem tartja már legitimnek, és *az egyes törvényekhez kapcsoltn követeli meg a hatalom egyedi döntéseinek legitimitását*. Erről pedig az dönt, hogy a jogalkotási szabályoknak megfelelő törvénylétrehozás mellett az adott törvény racionálisnak minősíthető-e. Ám ez a racionálisnak minősítés - vagy ennek tagadása - absztrakt értékek és morális elvek mentén megy végbe, és Habermas nem emeli ki, hogy ezt csak a társadalom egy kis töredéke, főként

morálfilozófusok és ezek egyszerűsített eszméit elsajátító és kezelő értelmiségi körök tudják eldönteni. Így Habermas ezzel a fordulatával a milliók általi választási legitimitációt felcserélte a szűk, elit-értelmiségi körök általi legitimálással. Némileg emlékeztet ez Lukács György „empirikus osztálytudat helyére a kívülről bevitt osztálytudat”-felfogására, mely által a tényleges munkásosztály már csak hivatkozási ponttá vált a marxizmusban, és a kívülről behozott osztálytudat szűk filozófusi termékévé vált, melynek hordozója az avantgard kommunista párt lett... Egy kommunista párt hiányában és a tényleges mai médiademokráciában azonban a helyzet az, hogy mivel e szűk értelmiségi körök vitái és kommunikációi a tömegmédiában folyhatnak csak le szélesebb hatással, a szellemi intézmények és a média felett ellenőrzést gyakorló tőkés körök kezébe tette le Habermas a legitimitás megadását vagy ennek megtagadását.

1.2.2. A kommunikatív hatalomban összeolvasztott „kritikai morál/politika”-kategóriája.

Először is ki kell emelni, hogy Habermas a jog önállóságát és az ezt biztosító jogdogmatikát korlátozott szerepre szorítja, és a jogot erősebben a morálhoz illetve a politikához köti. Ezt mutatja Weber-kritikája is: "Weber persze a rekonstruktív fogalmi-analizáló munkát túlságosan a jurisprudenciához rendeli. Nem elég erősen különbözteti meg a jogdogmatikát a jogelméletet és a jogfilozófiát. A jogfilozófia elhanyagolása többek között talán arra vezethető vissza nála, hogy Weber a morálfilozófiában levő kognitivisták megközelítéssel - amelyet ma Rawls vagy a diszkurzus etika irányzata képvisel - szkeptikusan szemben állt. Az értelmi összefüggések túlságosan szűk diszciplináris befogása a jogdogmatikába nem engedi annak a kettős módszertani perspektívának, ill. ezek ellentétének a felszínre kerülését, amelyet Weber legalábbis implicite jelzett" (Habermas 1992:95). Weber jogdogmatikát kiemelő jogkonceptiójával szemben Habermas a morálfilozófia felé nyitott jogfilozófiát emeli a középpontba, jelentéktelen szerepben felfogva a jogdogmatikát, és ezzel, a jog fölötti befolyásból kirekesztve a professzionális jogászréteget, a politikusoknak, ill. a társadalom morális diskurzusában domináló értelmiségi rétegeknek juttat nagy szerepet.

A jogdogmatika leértékelése *a jog belső törvényszerűségének háttérbeszorítását hozza létre Habermas jogkonceptiójában*, és ezt a beállítódását jelzi az elemzése is, amely a jog össztársadalomban elfoglalt helyét és kapcsolódásait mutatja. "Mivel történelmileg először csak az állam által alkotott jog veszi fel egy jogrendszer specifikus vonásait, ezért Webernek az az elmélettechnikai döntése, hogy a jogot a politikai rendszer részeként fogalmazza meg, bizonyos plauzibilitással rendelkezik. Kevésbé plauzibilis azonban Luhmann további lépése, hogy a modern társadalomban elkülönült jogot a politikából ismét kimetszi és a közigazgatás, a gazdaság, a család stb. mellett, mint a társadalom egy alrendszerét fogja fel. Egy másik perspektívát foglal el Parsons, aki - ahogy Durkheim is - a jogfejlődést a közösségi rendszerrel összefonódva látja" (Habermas 1992:100). Vitatkozni lehet Habermas interpretációjával, hogy Weber a politikai rendszer részeként fogná fel a jogot - ő ezt a következtetést abból vonja le, hogy Weber a politikai uralom egyik fajta legitimitását (a legális uralmat) a jog legitimitására alapozza -, hisz épp az előzőekben láttuk, hogy Weber nagyon is ügyelt a jog speciális, öntörvényű értelmi összefüggésekre a jogdogmatikában, de fontosabb itt most Luhmannal szembeni kritikája, aki mint önálló funkcionális alrendszert fogja fel a jogot. Habermas fő tagadási pontja tehát ismét a jog önállósága ellen irányul, míg a politikába befogottságát, illetve a közösségi szférával összefonódottságát pozitívan említi.

A közösségi szféra morális-etikai mechanizmusaiba való beágyazottság terén azonban Habermas maga is nélkülözhetetlen korlátokat mutat ki, és az ebben a tekintetben nála radikálisabb John Rawls és Ronald Dworkin jogkonceptiójának kritikája is megtalálható elemzéseiben. Nézzünk meg három olyan idézetet, amelyek nagyjából kijelölik Habermas distanciálódását a jogot a morálra és a morálfilozófiára visszametsző megközelítésektől: "A rawls-i kísérletnek az a gyengéje, hogy az

elmélet ideális követelményei és a társadalmi fakticitás közötti szakadékot ott hidalja át, amely azon a szinten fekszik, ahol azt egy etikai elmélettel nem lehet kiegyenlíteni. Az ennek ellenálló realitás ugyanis, amellyel a normatív érvelés érintkezésbe akar kerülni, nemcsak és nem is elsősorban az értékorientációk és az ellentétes életideálok pluralizmusából építkezik, hanem az intézmények és a cselekvési rendszerek keményebb anyagából" (Habermas 1992:88)

A következő idézet a Rawls fölötti kritikát a filozófiai igazságosság elméletekre általában terjeszti ki, és tisztábban kiemeli a Habermas által előbb jelzett problémát: "A filozófiai igazságosság elmélet elhibázza azt az intézményes dimenziót, amelyre a társadalomtudományi jellegű jogelméleti vita eredendően irányul." (Habermas 1992:90). Végül ugyanezt a gondolatsort Habermas a jog és a morál intézményes elkülönítésének megfogalmazásánál folytatja. "El kívánom különíteni már kiindulópontban a jogot és a morált, szemben Rawls disztinkciójával, aki csak a politikai igazságosság és a morál között tesz különbséget, melyek ugyanazon a normatív szinten fekszenek."(Habermas 1992:106). A morálfilozófus - a jogot a közösségi kötelekekbe túlzottan integrálva - hajlamos egyben a politikába is jobban bevonni azt, és mindkettőt így erősen odakötni a társadalom közösségi szférájához. Mint láttuk, Habermas ugyanezt teszi a jog öntörvényűségének tagadásával, de a Rawls-sal szembeni kritikája mutatja bizonytalanságát ezen a területen, és visszarettenését e radikális megoldástól.

A modern komplex társadalomban elégtelen a morális elvek általi magatartásirányítás három irányból is - mondja Habermas. Először is *túlságosan absztraktak*, "kognitíve meghatározatlanok" ahhoz, hogy az egyes szituációkban irányítani tudnák a cselekvést. A jogalkotási folyamatban a létrejövő jogszabályok ezt a határozatlanságot tüntetik el. Ebből következik a morális irányítás másik problémája, a *motivációs bizonytalanság*, amely az általánosságban mindenki által elismert morális elveket a mindenkori szituációkban való alkalmazáskor kíséri. Végül harmadik problémát jelent itt a morális elvekből az egyes szituációkban jelentkező *kötelezettség hozzárendelésének kérdése*. Mindenki által elfogadott elvnek tekinthető - mondja Habermas -, hogy az éhhalál előtt állót meg kell menteni, mégis ennek lebontása, a "címezett kör" pontosítása nem olyan egyszerű, mint ahogy azt a fejlett államok jólétben élő polgárai és a harmadik világ éhező övezeteinek kontrasztja mutatja (Habermas 1992:148).

A morális irányítás tehát elkülönült jog nélkül nem megy - vonja le a következtetést Habermas. Ez azonban csak a morálfilozófusokkal való explicit összeütközéseknél irányítja gondolkodását, és mint látható volt, a Weber, Parsons és Luhmann által jelzett három irány közül épp azt utasítja el, amely a jognak a közösségi-morális szférából történő kiszakadását állítja, és ezzel szemben Parsons nyomán a közösségi szférába fogja be a jogfejlődés súlypontját.

A jog és a morál között Habermas egy másik dimenzióban is eltéréseket fedez fel, és ebből a szempontból is a jog közvetítő természetét állapítja meg. A morál és a jog különbsége úgy is megragadható - mondja -, hogy míg a morál a kulturális tudás szintjén szerveződik, addig a jog mind ezen, mind a cselekvési rendszerek szintjén megjelenik. "A jog mindkettő egyszerre: tudásrendszer és cselekvésrendszer. Éppúgy megragadható normatételek és interpretációk szövegeként, mint intézményként, azaz cselekvésirányítóként... Mivel a jog ily módon a társadalom és a kultúra szintjén egyidejűleg rögzítve van, képes az elsődlegesen tudásként létező észmorál (Vernunft-moral) gyengéit kiegyenlíteni." (Habermas 1992:146). Fontos kiemelni az idézet tartamának teljes súlyát azzal, hogy nyomatékosan utalunk a morál szintjén a magatartási szabályok létének elvetésére Habermasnál. Ez csak a kulturális eszmék, elvek és érvek területe, és a korábbi anyagaiból tudjuk, hogy szabályok szintjén csak a közkerölcs területén lehetnek magatartási szabályok. Ám a közkerölcs a konvencionális erkölcsöt jelenti - a „tényleges érvénybenlevőséget” - és a posztkonvencionális társadalmakban ezek már leértékelődnek. Így érthető, hogy Habermas ebben a műben a morál eszme

jellege mellett az ezek szükséges szabályokká konkretizálásának felmutatásához a jogot emeli a középpontba. Valaminek mindig ilyen szintre kell konkretizálni a morális eszmét, és ez a posztkonvencionális morál társadalmában csak a jog lehet. Habermas e fejtegetéseinek problematikusságának észleléséhez azonban ismét fel kell hívni a figyelmet Kohlberg empirikus elemzéseire, aki kimutatta, hogy a legfejlettebb nyugati társadalmakban is a konvencionális erkölcs szinten cselekszenek igazán az emberek, és a posztkonvencionális szint feltevése inkább csak elméleti konstrukció, melynek hatására várja csak el az e konstrukciót elfogadó morálfilozófus az e szerinti tömeges cselekvéseket, ám ezt az empirikus felmérések nem támasztják alá. Habermas, aki korábbi anyagaiban egész fejezetet szentelt Kohlberg elemzésének (lásd Habermas 2001:122-126), most lényegében figyelmen kívül hagyja ezt. Ám ez a negligálás nem tünteti el fejtegetéseinek problematikusságát a posztkonvencionális társadalmak moráljáról.

A morális eszmék joggá transzformálása aztán Habermas e művében a kommunikatív hatalom kategóriájának behozásával valósul meg. Ezt tulajdonképpen a tömeges politikai akaratképzés politikai pártokra és időszakos választásokra alapozott mechanizmusával szemben fogalmazta meg, mivel ez utóbbiban a társadalom tömegei csak a néhány évenkénti szavazás által határozzák meg és legitimálják a törvényalkotó parlamenteket, és ez kevés a diszkurzusetika fényében. E helyett az állami döntések folyamatos megvitatását megvalósító civilszervezetek és civiltársadalom kerül a középpontba Habermasnál, és ez a folyamatos állami döntési megvitatási mechanizmus jelenti a kommunikatív hatalmat. Ennek révén a mai csökkent értékű demokrácia helyett a minőségibb deliberatív demokrácia létrejöttében reménykedik (Habermas 1992:186; magyar nyelven részletesen lásd Pokol 1993).

Habermasnál így a jog alkotási folyamataiban történik meg a morális eszmék közvetlen behozása a kommunikatív hatalom és civilszervezetei általi törvényjavaslat-megvitatásokon keresztül. Igaz ez a milliók általi tömeges választások és az így létrejött parlamentek leértékelését és hatalomcsökkenését vonja maga után. A folyamatos civilszervezeti vitákban azonban a realitásban csak nagyon szűk értelmiségi csoportok tudnak részt venni, előképzettségük és főként napi szellemi munkájuk és munkaterhük által lehetővé téve. Továbbá általánosabb hatást e szűk értelmiségi viták közül is csak az válthat ki, melyek mögé a nagy tömegmédiák odaállnak, és kiemelten terjesztik, míg a médiatulajdonos körök által nem támogatott viták és vélemények a szűk körű viták után elhalnak. Így miközben Habermas a kommunikatív hatalmat szubjektíven úgy tervezi el, hogy ez a társadalom demokratikus deficitének csökkentését és ennek deliberatív demokráciává alakítását fogja megteremteni, addig a tényleges hatásában ez inkább az államhatalom szűk értelmiségi körök alá rendelését valósítaná meg. Csak jelezni kell, hogy a deliberatív demokrácia hívei Habermason túlmenve olyan országos csúcs-értelmiségi fórum felállítását tervezték el a demokrácia feljavítása címszava alatt, amely a milliók általi megválasztott parlamenti törvényét felülbírálná, és megakadályozhatná hatályba lépésüket. (Lásd Philip Pettit ez irányú terveinek ismertetését Pokol 2003).

A jog és a morál, illetve a jog és az államhatalom összekötésének e habermasi útjával szemben a jogi moralizmus főcsapása teljes mértékben kitolja a szemszögből a törvényalkotást, és e helyett a bíró döntésnél igyekszik ezt az összeköttetést megvalósítani. Nézzük meg ezt részletesen az H.L.A. Hart és követőinek/kritikusainak elemzésében. (Teljesebben ezt lásd: Pokol 2008).

2) A morális meghatározás bírói döntéshez telepítése: Hart és kritikusai vitája

Hart legtöbb vitapartnere a jog erősebb átmoralizálása felé igyekszik tolni a jog koncepcióját, és ebből az álláspontból nézve Hart jog és erkölcs közötti viszonyára vonatkozó felfogását az a fő kritika vált bevetté vele szembe, hogy ő elválasztja ezeket. Ahhoz azonban, hogy pontosabb képet kapjunk az ő elválasztási álláspontjáról és a vitapartnerei átmoralizáltabb jogfelfogásáról, érdemes egy-egy disztinkciót beiktatni mind az erkölcs, mind jog vonatkozásában. Az erkölcsnél a különbségtétel abban áll, hogy társadalomban elterjedt erkölcsi nézeteket értjük-e erkölcs alatt (empirikus erkölcs, konvencionális erkölcs, illetve az 1900-as évek eleji hazai szóhasználatban „pozitív morál”), vagy a morálfilozófiai gondolkodók köreiből és értelmiségi holdudvaraikban kidolgozott-megvitatott erkölcsi mércéket („kritikai erkölcs”). A másik különbségtétel a jogra vonatkozik, és itt a törvényhozási, illetve a bírói döntési folyamatok elkülönítését kell behozni az elemzésbe. E két disztinkcióval messzebb juthatunk mind Hart, mind vitapartnerei megértésében, és a vita külső megfigyelő elemzői is megalapozottabban foglalhatnak el pozíciót e vita értékelésében.

2.1.Hart a konvencionális erkölcsről és a kritikai erkölcsről

Az empirikus erkölcs és a kritikai erkölcs elkülönítése Hart különböző időben született elemzéseiben eltérő módon jelenik meg. Az 1961-es főművében többfajta disztinkciót tesz az erkölcsöt elemezve, és ezek között felbukkan ez is. Egyik disztinkciója az általánosan elterjedt erkölcs és a pusztán néhányak által követett egyéni erkölcs között található: „Először azt a társadalmi jelenséget vesszük szemügyre, amit egy adott társadalomban gyakran „az erkölcsnek” vagy egy tényleges társadalmi csoport „elfogadott” illetve „konvencionális” erkölcsének neveznek (...) amiket meg kell különböztetnünk azoktól az erkölcsi elvektől és eszményektől, amelynek egyes egyének életét irányítják, melyeket ugyanakkor sok olyan ember nem követ, akikkel az adott egyének együtt élnek” (Hart 1995:196-197). Az általános erkölcs és szűkebb egyéni ill. csoport erkölcsök disztinkciójánál fontos kritikailag kiemelni, hogy Hart legtöbbször csak egyetlen általánosan társadalmi erkölcsöt tart a szem előtt, és pluralitást csak a időbeli változással lát ebben: „A legalapvetőbb erkölcsi szabályokba megállapított kötelezettségek társadalomról társadalomra változhatnak, sőt ugyanabban a társadalomban mások lehetnek a különböző időpontokban” (i.m. 199.p.).

Egy másik disztinkciója hozza be az általunk kiemelt empirikus erkölcs és kritikai erkölcs elkülönítését, de ezt tulajdonképpen egy rétegzett erkölcsbe ágyazza be. Létezik az általánosan elfogadott erkölcs – mondja -, amit mindenkinek követni kell, és ezért nem jár tisztelet, hanem csak megsértéséért szankció; ezen túl léteznek az eszmények szintjén levő erkölcsi kötelezettségek, melyek teljesítése a morális hősnek kijáró tekintélyt ad annak a néhánynak, aki ezt teszi (pl. feláldozza a életét egy eszméért); és végül itt jön be a társadalom elfogadott erkölcsének bírálata, a kritikai erkölcs, mint az erkölcs egy további területe: „Az erkölcs más területei (...) eltérő irányban mutatnak túl az egyes társadalmi csoportokban elfogadott kötelezettségek és eszmények határain, és azok felé az elvek és eszmények felé vezetnek melyek magának a társadalomnak az erkölcsi bírálata során játszanak szerepet” (i.m. 212.p.). Itt már behozza Hart az erkölcsök pluralitásának lehetőségét is, és a demokratikus állam leváltható kormányzatánál ezek a plurális erkölcsi rendszerek is küzdenek a törvényhozás meghatározásáért: „Abból a tényből, hogy az elfogadott erkölcsnek és más társadalmi intézménynek a szabadság és egyenlőség nevében való bírálata erkölcsi bírálathoz tartozik, természetesen nem következik, hogy e bírálathoz más értékek nevében történő elutasítása ne lehetne ugyancsak erkölcsi jellegű (...) A különböző erkölcsi értékek súlyának, illetve a rájuk helyezett hangsúlyoknak az ilyen különbsége olykor egymással összeegyeztethetetlennek bizonyulnak. Gyökeresen eltérő elképzelésekhez vezetnek az eszményi társadalomról alkotott elképzelést illetően, és egymással szembenálló

politikai pártok számára adhatnak erkölcsi alapot” (i.m. 213.p.). Csak érintőlegesen kell jelezni, hogy ezzel a leírással szemben a modern tömegdemokráciákban egy olyan kép realistább lehet, mely nemcsak a kritikai erkölcs - és intellektuális hordozó-csoportjainak - szintjén, hanem *a társadalom nagy csoportjainak síkján is erkölcsi pluralizmust tesz fel*, és a politikai táborok küzdelmeiben nem egyszerűen különböző kritikai erkölcsök csapnak össze, hanem a nagy társadalmi csoportok eltérő erkölcsi értékhangsúlyai is. E tematizálás-változtatás révén pedig nem a morálfilozófiai szerzők művei és vitáik (és médiaterjesztésük felett diszponáló körök érdekei!) lesznek döntőek egy erkölcsi álláspont létének feltárására, hanem az empirikus erkölcsszociológiai felmérések.

A főmű után néhány évvel, 1963-ban megjelent kis kötetben (a magyar fordításban 1999-ben), mely közvetlenül a jog és erkölcs kapcsolatának vitás kérdéseire tér vissza, még tisztábban megjelenik az elterjedt pozitív erkölcs és a kritikai erkölcs disztinkciója: „...szeretném megkülönböztetni - a múlt század haszonelvű gondolkodóinak kedvenc szóhasználatát feltámasztva - a „pozitív erkölcsöt”, vagyis egy adott társadalmi csoport ténylegesen elfogadott és követett erkölcsét, illetve a tényleges társadalmi intézmények, köztük a pozitív erkölcs bírálataira szolgáló általános erkölcsi elveket. Az ilyen általános elvekre a „kritikai erkölcs” elnevezést alkalmazhatjuk., (Hart 1999:31). Végül e kérdésnél felmerül még a Hart által írt, vitapartnerével foglalkozó tanulmány, melyet 1992-ben a főmű új kiadásában utószóként vettek fel, és amely már az évtizedek alatt felgyűlt kritikák fényében érinti a jog és erkölcs viszonyának kérdését. A kulcsmondat ennél így szól: „E könyvemben amellelt érveltem, hogy bár a jog és az erkölcs között számos különböző esetleges kapcsolat létezik, tartalmuk között még sincs semmilyen szükségszerű fogalmi összefüggés; így erkölcsileg teljesen elfogadhatatlan rendelkezések is lehetnek érvényes jogszabályok vagy jogi elvek” (Hart 1995:308-309).

A főmű előbb idézett disztinkciói fényében ez utóbbi mondattal problémák merülnek fel. Az első az, hogy nem differenciál a szerint, hogy a kritizált törvény a ténylegesen elterjedt erkölcsi vélemények, vagy a valamelyik kritikai erkölcsi vélemény szerint elfogadhatatlan. E differencia kiesése nem tűnik véletlennek, mivel ebben az látszik, hogy a Hart kritikusaiknak hangsúlyai a kritikai erkölcsnek „az” erkölccsel azonosítására arra vitték el az évtizedek alatt öntudatlanul Hartot is ebben az utószóban, hogy az ő szemüvegükön át védekezzen. Vagyis a kulturális-szellemi szektorokban uralmi pozícióba került társadalmi csoport és morálfilozófusainak *domináns kritikai erkölcsé által elfogadhatatlanság* merül itt fel, és az, hogy lehetséges olyan helyzet, melyben a kritikai erkölcsnek a domináns média által terjesztett verziója éppen szemben áll az elterjedt erkölcsi véleményekkel, fel sem merül itt Hartnál. Míg a 60-as évek eleji anyagaiból ez még kibontható volt. Az, hogy Hart besétált a kritikusaik utcájába, és implicite jóváhagyta a jog és az erkölcs elválasztásának ezek által felnagyított tézisé, mutatja az is, hogy itt az „egyes” törvények erkölcsi igazolásáról szól, miközben az 1961-es főműve idézeteiből inkább az bukkan fel, hogy a politikai demokráciákban a milliók választása *igazolja törvényhozást a ciklusa alatt minden egyes törvény vonatkozásában*, és a korábbi törvényhozási többség későbbi eltávolításában a kormányrúd mellől benne lehet az a törvények erkölcsi tartalmával való elégedetlenség is: „A demokráciát igazoló szempontok közül az egyik legjelentősebb éppen az, hogy lehetővé teszi az ilyen lehetőségek kipróbálását és felülvizsgálható választást közöttük” (főmű. i.m. 213.p.).

A demokráciákban választásokon periodikusan leváltható törvényhozási többségen nyugvó jogalkotási szerkezet érintésénél még egy fontos problémát kel kiemelni Hart fogalmi tagolásánál, mely különösen követőinél és elméletének eltérő variánsait létrehozó kritikusaiknál vált később döntővé: „...bár a jog és az erkölcs között számos különböző esetleges kapcsolat létezik, tartalmuk között még sincs semmilyen szükségszerű fogalmi összefüggés; így erkölcsileg teljesen elfogadhatatlan rendelkezések is lehetnek érvényes jogszabályok vagy jogi elvek” (Hart 1995:308-

309). A „szükségszerű” és az „esetleges” disztinkció az erkölcs és a jog kapcsolatában Hart elméletének vitájában a legnagyobb jelentőséget kapta később, és mivel sok vitapartnere számra az „esetleges” kapcsolat nem elég – sőt: az semmi! -, ezért jött létre a jog és erkölcs harti elválasztásának utólag felerősített tézise. Pedig a valóság társadalmi szférájában – vagy filozofikusabban: létszintjén – a törvényszerűségek csak valószínűség jelleggel („statistikailag szignifikánsan”) irányítják az események milliárdjait, de azért ezek az esetek túlnyomó többségénél magyarázó erővel bírnak, és empirikusan be is bizonyosodik egy-egy ebből levont következtetés helyessége. A természeti okozatiság törvényszerűségeinek *szükségszerű* jellegével szemben a társadalmi kapcsolatokból, összefonódásokból keletkező törvényszerűségek csak *strukturálisan* rögzítik az események általuk való meghatározottságát, és bár ez több az esetlegességnél a szükségszerű jelleget nélkülözi. (A tudományt a természettudománnyal azonosító analitikai filozófia ebből vonja le a társadalomtudományok lehetetlenségét, vagy enyhébb fogalmazásban egészen minimális igényekre visszaszorítását, lásd Winch 1989:88-94, illetve Rodriguez-Blanco:2007:455) A természeti valósággal szemben a társadalmi valóságban tehát a „szükségszerű” és az „esetleges” jelzők félrevezetők, és itt az esetlegességen túl a *strukturális összekapcsoltság* a megfelelő fogalom. És mint láttuk, ezt a strukturális összekapcsoltságot nagyon is jelezte Hart a demokráciákban a periodikusan megválasztott és eltávolított törvényhozási többség elemzésbe behozásával, ám szerencsétlen disztinkciója később lehetővé tette, hogy ezt figyelmen kívül hagyják követői-kritikusai, és a rossz disztinkció vált kritikájuk tárgyává.

Összegezve tehát, a Hart által a jog és erkölcs kapcsolatára alkalmazott „szükségszerű” illetve „esetleges” jelzőt egy megfelelőbbel, a *strukturális* jelzővel kell cserélni, mivel a társadalom milliói által választott és periodikusan következő parlamenti választásokon leváltható törvényhozási többség törvényei *strukturálisan összekötöttek* a többségi szavazók erkölcsi hangsúlyaival. A kisebbségben maradt társadalmi csoportok némelyike számára ezek a többségi erkölcsi hangsúlyok elfogadhatatlanok lehetnek, és ha a szellemi-média szférában ezek a társadalmi csoportok dominánsak, akkor ezt mint ’erkölcsi fertőt’ tudják a közvélemény elé tárni, ám az elemző nem tekintheti az ilyen törvényeket - ezek szemüvegén keresztül - ab ovo elfogadhatatlan erkölcsi minőségűnek, hanem azt kell kutatni, hogy mely társadalmi csoport erkölcsi hangsúlyaiból elfogadhatatlanok ezek.

2.2. Hart a törvényhozási és a bírói döntési folyamatok morális áthatásáról

Nézzük most a másik disztinkciót, amely a jogon belül választja el egyrészt a törvényhozási folyamatok erkölcsi áthatását, másrészt a bírói döntési folyamatok esetében ugyanezt. Szemben az előbbi disztinkcióval ez csak egészen töredékesen jelenik meg Hartnál. A bírói döntés kötöttségének illetve szabadságának elméleteit jelentő formalizmust, illetve szabályszepticizmust elemző fejtegetései nyújtanak itt közelebbi támpontokat, és e mellett az 1992-es utószóban a joghézagok esetén a bírói döntésre vonatkozó elemzések használhatók fel Hart álláspontjának megértésére. A formalizmust - a bírói döntés teljes pontosságú szabályokkal való lefedésének igényét – Hart a nyelv nyitott szövedéke miatt illúzióknak tekinti, és bár bizonyos támpontokhoz kötöttség lehetséges, és ezek kötelezők is a bírának, ám az összes lehetséges esetre, melyek a jövőben az adott szabályok esetében felmerülnek, nem lehet előre megadni e támpontokat (Hart 1995:151). Másik oldalról a szabályszepticizmust, amely semmilyen kötelező erőt nem ismer el a bíró számára az előre lefektetett törvényi szabályokból, szintén túlzásnak találja Hart: „Néhány bírói döntésben lehet ilyen, de teljesen nyilvánvaló, hogy a bírák a legtöbb döntésénél, ahogy a sakkzó a lépéseknél, vagy őszintén törekszenek azon szabályok betartására, amelyeket tudatosan a döntést irányító mintáknak tekintenek, vagy ha ösztönösen is járnak el, a döntéseiket azokkal a

a szabályokkal igazolják, amelyeket már ezt megelőzően készek voltak követni, és amelyek jelentőségét az adott ügy szempontjából elismerik” (i.m. 165.). Itt tehát egy mérsékelt formalizmus jelenik meg Hart álláspontjaként, nem érintve a nyitottságnál az esetleges erkölcsi támpontokkal kitöltésre. Fontos itt még, hogy a szabályszepticismus álláspontjaként jelzi azt, mely szerint a jog a bírói döntési folyamatot jelenti, és a törvényhozásban létrejött törvény még csak a jog pusztá forrása, amely akkor válik joggá, ha a bíró elkezd az egyedi esetekre alkalmazni ezeket. Vagyis *a jog a szabályszeptikusok felfogásában a bírói folyamatot fogja át, és az ettől elkülönített törvényhozási folyamat, illetve ennek terméke, a létrejött törvény még csak egy jogi „előszobát” jelent*: „Az ilyen elmélet egyik jellegzetes állítása ugyanis az, hogy a törvénynek, amíg a bíróságok nem alkalmazzák azokat, nem részei, hanem csak a forrásai a jognak” (i.161.) Kritikája alapján nyilvánvaló, hogy Hart a jogba beemeltnek tekintti a törvényhozást is, de a későbbiekben nem foglalkozik annak kifejtésével, hogy miben tér el a törvényhozási folyamat jogalkotása - ahol legalábbis a kritikai erkölcs egymással küzdő verzióit megjeleníteni engedi! - és a bírói döntésben a nyitva hagyott részekben (joghézagokban) történő jogalkotás az esetleges erkölcsi támpontok beemelésében. Ezt pótolja aztán az 1992-es utószóban, ahol Dworkinnal vitatkozva a joghézagban a bíró szabadságát emeli ki, és elveti Dworkinnak azt a követelését, hogy a bíró ilyenkor előzetesen lefektetett (morális) elvek konstellációja alapján legyen köteles dönteni: „Dworkin másik bíráló megjegyzésében nem azért ítéli el a bírói mérlegelési szabadságról vallott felfogásomat, mert az helytelenül írja le a valóságot, hanem azért, mert az a jogalkotás egy olyan formáját helyesli, ami nem demokratikus és nem igazságos” (i.m. 317.p.). Így már látható, hogy Hart egyrészt a bírói döntés mérsékelt formalizmusát elfogadva az előzetes normatív támpontok általi behatároltságot mondja ki a bírónál, illetve a szabadon maradt részekben sem a morálfilozófiai elvrendszerekhez kötést támogatja, hanem a bíró szabad döntését, és ez a bíró (származásától függő) konvencionális erkölcsi meghatározást juttatja érvényre. Hartnak a morálfilozófiai kritikai erkölcs és a konvencionális erkölcs közötti választásban az utóbbi mellé állása a következő idézetben még tisztábban kiugrik: „A jogelméletnek el kell kerülnie, hogy elkötelezze magát az erkölcsi ítéletekben megnyilvánuló vitatható filozófiai elméletek mellett (...) a bíró kötelessége ugyanaz marad. Nevezetesen, hogy a *legjobb erkölcsi meggyőződése szerint* alkosson ítéletet minden olyan erkölcsi kérdésben, amit esetleg el kell döntenie” (i.m. 291.p. – kiemelés tőlem PB).

Összességében tehát *nem* lehet azt mondani, hogy Hart a jog és az erkölcs elkülönültségét mondja ki, és inkább az adja vissza adekvátan az álláspontját, hogy ez az elkülönítés jogfelfogásában csak a bírói döntési folyamatoknál - itt is csak részlegesen - állja meg a helyét. Az a már idézett, saját provokatív kijelentése 1992-es utószavában, hogy „bár a jog és az erkölcs között számos különböző esetleges kapcsolat létezik, tartalmuk között még sincs semmilyen szükségszerű fogalmi összefüggés”, nem támasztható alá könyve részletesebb elemzésével. *A törvényhozásnál strukturális kapcsolat létezik a társadalom nagy csoportjainak erkölcsével* a parlamenti választások sokmillió állampolgári döntésével egy ciklusra meghatározó törvényhozóvá választás révén. Ez a „strukturális” kapcsolat persze nem úgy „szükségszerű” mint a természeti törvények minden esetben érvényesülő ereje, ám eléggé meghatározó ahhoz, hogy többnek tartjuk pusztán esetleges kapcsolatnál. Már itt jelezni kell, hogy legtöbb kritikusa nem is ezt hozza fel kritikájaként, hanem inkább azt, hogy a bírói döntési folyamatból kizárja a törvényi rendelkezések folyamatos morális szempontú felülvizsgálatát, illetve e rendelkezések morális szempontok szerinti szabadabb átformálását, és ez alatt a kritikusok a morálfilozófusok kritikai morálértekezéseit veszik alapul. Visszakapcsolva írásom eső részéhez láthatjuk, hogy Hart álláspontja a morál és a jog törvényhozási folyamatokban összekapcsolásával Habermashoz áll közel, noha ő nem olyan tudatos a közkerkölcs és a kritika morál közötti választásban, és mint látható volt, el is csúszott álláspontja e kérdésben a későbbi írásaiban.

2.3. Hart követőinek/kritikusainak álláspontja

A követők/kritikusok többsége Hart elméletét a jog átmoralizálása felé tolta el, és egyrészt eltekintve a konvencionális morál lététől a morált a kritikai morállal azonosította, másrészt a törvényhozást kitolva a jog elemzésből a jogot a bírói folyamatokkal tette egyenlővé. De kisebb számmal azért akadtak olyanok is, akik mind a két disztinkciót megtartották, és így hangsúlyaik közelebb maradtak az eredeti harti hangsúlyokhoz, illetve jog átmoralizálásában nem mentek rajta túl. E mellett még azt lehet látni, hogy míg néhány jó néhány követője megtartotta Hart jogtörténetről, jogszociológiáról, és tételesjogi elemzésektől „kasztrált” elemzési stílusát – amellet, hogy ezt az űrt bővebben kitöltötték morálfilozófiai elemzésekkel és információgyűjtéssel -, addig néhány követőnél egyrészt már némileg tágabb merítést lehet látni szociológiai ismertekből, másrészt tételesjogi elemzések is megjelennek elvélve náluk.

A kritikai morálfilozófia és a jogban a bírói döntés középpontba emelése már Hart első jelentősebb kritikusanál, Ronald Dworkinnál megjelent, aki az 1980-as évekre kiteljesedett jogkonceptiójában az egyes jogszabályok értelmét az egyes bírói eseti döntések számára - legalábbis az angol-amerikai jogrendszereket illetően - egy egységes morálfilozófiai szempontrendszerbe integrálva és azon keresztül tartja feltárandónak. Így nála az államhatalmi döntésekkel létrejövő jogi réteg mellett egy (kritikai) morálfilozófiai konceptuális réteg adja jog teljességét. Dworkinhoz képest tisztábban létrejön a jog és a morál összekötése Gerald Postemánál, aki már a jogász szerep elkülönültségének felszámolását is megtervezi azért, hogy a morális szempontok közvetlenül hatni tudjanak a jog működésében. A másik irányban - egyrészt a konvencionális morál megtartását a kritikai morál mellett, másrészt a törvényhozásra figyelés megtartását a bírói döntési folyamatok mellett - kiemelendő a magát „mérsékelt” vagy „inkluzív” pozitivistának nevező Jules Coleman és Wil Waluchov, de ebbe a sorba tartozik Neil MacCormick és főként Tom Campbell, mely utóbbi a harcos törvényhozás-pártiságával és a kritikai morálfilozófia elveire támaszkodó bírói aktivizmus kritikájával a Hart-követők/kritikusok poláris ellentétének tekinthető.

2.3.1. Jules Coleman/Wil Waluchov és az inkluzív pozitívizmus

Hart követői közül Jules Coleman a kevesek egyike, aki kitarva Hart eredeti eszméjénél szemben áll a bírói döntéseknek a kritikai morál hordozóihoz kötöttségével, és e törekvései folyamán dolgozta ki az inkluzív pozitívizmus eszméjét a '90-es években, melyet más akcentusokkal Will Waluchov is továbbfejlesztett. Coleman számára alapvető fontosságú annak megkülönböztetése, ami az erkölcsnek a társadalomban empirikusan elterjedt konvencionális formája és a szűkebb entellektüel közösségek és morálfilozófus vitakörökben létező kritikai erkölcs között van. Mint láttuk, Hart a jog törvényhozási folyamatok vonatkozásában utalt a pozitív morálhoz kötöttségre a demokrácia keretei között, Coleman ezzel szemben átfogóbban, a bírói folyamatok során is figyel a konvencionális gyakorlatokhoz kötöttségre. Mint 1982-es, később magyarrá is lefordított anyagában írja, tisztán el kell választani, hogy „az elválaszthatósági tézis a jog és a kritikai morál viszonyára, vagy a jog és a konvencionális moralitás viszonyára vonatkozik-e. Az én felfogásomban az elválaszthatósági tézis a jog és kritikai moralitás közötti konstitutív viszony tagadása” (Coleman 2004:51). A harti, konvencionális morál és törvényhozás közötti összefonás után ez a továbbfejlesztés már jobban érthetővé teszi Hart kritikusanak törekvéseit is: amikor a jog és a morál „szétválasztása” ellen fellépnek és e helyett összefonása mellett érvelnek, akkor ténylegesen csak a *konvencionális morál* helyett a kritikai morálhoz kötöttségért szállnak síkra. Ez utóbbit pedig nem a nép milliós tömegei hordozzák, hanem morálfilozófus körök és az ezeket terjesztő médiaértelmiségi elitek.

Coleman azonban továbbmegy a kritikai morál/konvencionális morál közötti különbség felhasználásában, és a döntéseket a bírák esetében sem az erkölcsi elvek kritikai morálfilozófiai értekezéseihez köti, hanem ezen elvek konvencionális gyakorlatához. Ezt az érvelését Dworkinnak azzal az álláspontjával szemben írja, mely szerint a bírák a pozitívan rögzített jogszabályok normatív támpontjainak hézagjainak felmerülése esetén morális elvekhez nyúlnak ennek kitöltésére, és ezt Dworkin a kritikai morálfilozófiai értekezések elveinek bírák általi kötelezőként elfogadásának tekinti: „Az, ami Dworkin felfogása szerint az elismerési szabály normatív elméletének bizonyítéka - tehát az, hogy általánosan és széleskörűen hivatkoznak erkölcsi elvekre az elismerési szabály körüli viták megoldásakor - szerintem azt bizonyítja, hogy a bírák között létezik egy társadalmi gyakorlat, mely szerint az ilyen vitákat egy bizonyos módon kell megoldani, egy olyan gyakorlat, amely részben a bírói magatartásra vonatkozó társadalmi szabályt specifikálja. A szubsztantív erkölcsi érvekre hivatkozás ekkor is tökéletesen összeegyeztethető a jog konvencionalista felfogásával” (Coleman 2004:70-71). Említeni kell még, hogy Coleman a kevesek egyike abban is a harti iskolában, hogy az absztrakt jogelméleti téziseken túl a tételesjogi kérdések szintjén is igyekszik megjeleníteni, illetve hasznosítani általánosabb téziseit, és pl. a kártérítési jogban a gazdasági jogszemlélettel szemben az igazságosság más alapjáról kiindulva (kiegyenlítő igazságosság) fejtett ki egy saját kártérítési jogi koncepciót.

Jó irányba korrigálja az inklúzív pozitívizmus Wil Waluchov által továbbfejlesztett irányzata Hart belső/külső nézőpontból elemzésre vonatkozó nézeteit azzal, hogy a belső nézőpont normatív kötöttségtől való semlegességének lehetőségét és pusztán kognitív-megfigyelő státusát rögzíti. Mint láttuk Hartnál a belső nézőpont automatikusan elkötelezettséget vont maga után, és a követői nagy részénél ez az elkötelezettség a morális elkötelezettséggel került azonosításra, mely még inkább kizárta a semleges-elfogulatlan megfigyelés lehetőségét. Ezzel szemben Wil Waluchov így ír: „One can use a moral principle in explaining the structural features, basic concepts and pattern of inference inherent in a practice without in any way endorsing the practice or the principle it embodies. One can posit a principle as making sense of these features, viz., showing why they are as they are, rendering them intelligible, without endorsing anything at all, aside from the claim that the practice makes sense” (Waluchow 2002:132). Ezzel a korrekcióval az egész belső/külső disztinkció átalakul a megfelelőbb normatív/kognitív disztinkcióvá, és ami még fontos, hogy ezzel a normákat elemző jogelmélet szükségszerű normatív státusa eltűnik, és elfogulatlan elemző lehet.

A társadalmi jelenségek és a normák pusztán tényként megfigyelési lehetősége után Waluchow számára fontossá teszi a metodológiai pozitívizmus elkülönítését a szubsztantív pozitívizmustól. Aki ismeri a kontinentális európai jogelméleti/jogszociológiai körökben szokásos ismertelméleti ténypozitívizmus és a törvénypozitívizmus (vagy decizionizmus) megkülönböztetését, annak feltűnik, hogy az angol-amerikai analitikai jogelmélet szerzőinél a kettő összemosódik. Pl. Coleman Dworkinnak vitatkozva így ír: „Amint a pozitívizmust azzal a felfogással jellemezzük, hogy a jog kemény tényekből áll, plauzibilissé válik az a mód, ahogy Dworkin bizonyos alapvető tételeket tulajdonít a pozitívizmusnak (...) Először is a jog a pozitívista számára inkább szabályokból mint elvekből áll, mivel egy szabály legalitása a formális jellegétől - megalkotásának módjától és jellegétől - függ, miközben egy erkölcsi elv legalitása a tartalmán múlik. A szabályok legalitása ezért lényegileg vitathatatlan; az elvek jogi normativitása lényegileg vitatható” (Coleman 2004:55-56). E leírásból nyilvánvaló hogy a jog 'kemény tényekből' állásának állítása mögött az áll, hogy a döntéssel létrehozott jog szövegszerű rögzítettsége „tényszerűen” élénk állítja a jog tartalmát. A gond ezzel azonban az, hogy ezzel a törvényhozási döntés tényyszerűségében (annak tényyszerű külsőlegességében) eltünteteti az így létrehozott norma Kellés, azaz normatív jellegét. Csak a jogszociológia (vagy az erkölcsszociológia) szemléletmódja az, amely a normákat a tényyszerűség oldaláról veszi szemügyre. Nos, Waluchow ezt az

összemosódást igyekszik megszüntetni, amikor a megfigyelés ténypozitivizmusát elkülöníti a törvénypozitivizmustól (vagy az ő megfogalmazásában a szubsztantív pozitívizmustól) mint metodológiai pozitívizmust: „Methodological positivists maintain that legal theory is a purely descriptive non-normative enterprise that sets out, in a manner of ordinary science, to tell us what one particular corner of the world we inhabit is like” (Perry 1996:361).

De más irányba is korrigálás látható Waluchownál Hart elemzéseire képest, amikor a jog mint emberi-társadalmi jelenség esetén a szükségszerűség fogalmát teszi problémássá. Perry így írja le Waluchownak ezt az elemzését: „Law does not necessarily have a moral component as Dworkin claims, nor is it necessarily source-based as Raz would have us believe; legal criteria for validity are only contingently moral in character (...) What notion of necessity and possibility are in play here? (...) The idea of a natural essence, which is problematic at the best of times, seems especially ill-suited as a characterization of a humanly-created institution - more accurately, a highly diverse set of independently-created institutions - such as law” (Perry 1996:369-370). Ez a korrekció alapvető a pozitívizmus egész megítélésénél, mert mint láttuk a szükségszerű/esetleges disztinkció rossz kettébontása eltüntette a szemzőből azt, hogy a kettő között ott lehet a strukturális összekapcsoltság a jog és az erkölcs között, és a demokráciákban a periodikusan választásokon létrehozott és eltávolítható törvényhozási többség jogalkotásával épp ez a fajta összekapcsoltság valósul meg.

2.3.2. MacCormick/Tom Campbell a konvencionális erkölcsről és a demokratikus törvényhozásról

A kritikai morál mellett a konvencionális morálra figyelemmel és ennek az elemzésben megtartásával MacCormick is az egyik kivételt jelent Hart követői között. Az ő elemzésében ez az egyéni morális döntések autonómiájának és ezzel szemben a joghoz igazodó döntés heteronómiájának szembeállításával indul. Az egyéni morális döntésnél, ha felmerül az életben egy szituációval kapcsolatban, akkor csak a belső motívumok és az ezeket alátámasztó érvek számíthatnak, és a morál ezzel azonosítása a filozófiában főként a kanti etikában történt meg, a vallási szocializációk közül pedig a protestáns szellemiség emelte ezt a középpontba. Maga Hart a konvencionális erkölcshez jobban tapadva ennek túlzott kiemelésétől eredetileg még óvott is az 1950-es évek közepén R. M. Hare morálfilozófiai téziseit bírálva, „he saw as excessively 'protestant' in the moral autonomism of R. M. Hare's theses about moral reasoning” (MacCormick 1994:5); később azonban az elterjedt közkeresetséggel szembeni kritika alapjaként maga is kiemelte a kritikai erkölcs szerepét - jelzi Hart szellemi útját e téren MacCormick. Ezzel a pusztán meggyőződéshez kötött és kizárólag értelmi meggyőzéssel befolyásolható autonóm morállal állítja szembe MacCormick a pozitív morált, amely már a tömegesen elterjedt meggyőződések területe, és amely már alá van támasztva szankcióval, még ha ez nem is jogi és intézményes jellegű. Itt a csoportssolidaritás a döntő és a pusztán utánzás a csoporton belül, így reflexivitása kismértékű. Ám a jog és e között nincs éles határvonal, így a konvencionális morált és a jogot nem lehet bevonni az elválasztási tézisbe, csak az autonóm morált: „So it must be said that the conceptual distinction drawn here is one between law and morality only in one sense of the latter term, that is, only between law and autonomous morality” (im.7.p.). És MacCormick nemcsak a jog és közmorál összefüggését hangsúlyozza, hanem azt is, hogy a növekvő morális individualitás miatt a közösségi döntések szükségessége megkívánja a kényszerre alapozott jogot, és ennek kivonását az egyéni morálra támaszkodó félretolási lehetőség alól: ”To pick this up, let me now state again that one vital point of legal institutions is exactly that they exist (inter alia) to settle authoritatively for practical purposes what cannot be settled morally (...) The Parliament and the judges have generally and cumulatively pronounced on the issues raised, and the law is for the time being

settled in quite clearly formulated terms on points, that are unshakable morally (im 6.p.). Ebben a felfogásban a kritikai morál, a közmorál és a jog egyformán megtalálja a helyét, és nem válik fölötte uralkodóvá a kritikai morál. (Csak kitekintésként kell ehhez az elemzéshez hozzátenni a teljesség kedvéért, hogy MacCormick a legutóbbi időkben eltolódni látszik ettől a felfogástól a természetjog felé, de ennek indokai majd külön elemzést igényelnek, lásd MacCormick 2007:161).

Tom Campbell jóval harciasabb MacCormicknál, és hangsúlyait főként azzal lépi túl, hogy a pozitív jog mögött kiemeli ennek demokrácia-alapját. Ő a Dworkinnal induló bíró-központúságot és ezeknek a törvényekkel szembeni, átfogó morálfilozófiai elvekre támaszkodó ítélezését támadja elsősorban, így pozitívizmusát a „demokratikus pozitívizmus” megkülönböztető jelzővel igyekszik lehatárolni, és mivel e pozitívizmus mögött egy érték-megalapozottságot emel ki, etikai pozitívizmusnak és „prescriptive” pozitívizmusnak is nevezi ezt. Noha láttuk, hogy Hart főművében kiemelte a demokráciát, mint az egymással küzdő erkölcsi értékrendszerek egyikének törvényhozási többségé válását, ám ennek nem vonta le a következményét, és a „forrásalapú” pozitívizmust mint pusztán leíró jogelméletet tekintette. Ezt aztán alaposan kihasználták a törvényhozási döntésre alapozott joggal szemben viszolygással élő tanítványai, akik így az érték-megalapozottságot külön tartották bevethetőnek a jogba, és ezzel igyekeztek megalapozni az 'értékeket nélkülöző' pozitívizmus jogának könnyű átformálását a bírók által. Campbell kiemelésével nyilvánvalóvá válik, hogy ez a bírók általi átformálás a morálfilozófusok Herkulesére támaszkodva nem egyszerűen egy értékalapot nélkülöző jog átformálása, hanem az *ebbe rejtett értékalapnak egy másik értékrendszerrel kicserélése*. E csere alapja pedig a gyakorlatban a törvényi előírásokkal szembeni alkotmányos alapjogokra támaszkodás, ezért Campbell fő küzdelme az alapjogi aktivizmus ellen irányul: „There are important reasons of democratic principle which cast doubt on the propriety of giving courts a veto over human rights interpretation. Courts have not the capacity, and should not have the authority, to overturn the duly enacted legislation of the Parliament when this is within its federal powers” (Campbell 1994:195). Campbell nem tudja elfogadni azokat az érveket, melyek a „bátor bírót” tekintik a morál letéteményeseinek a parlamenti többséggel szemben, és jellemzően ezek mindig a náci Németországot illetve dél-afrikai fajüldöző rezsimet hozzák fel, hogy milyen is az, ha a bírók helyett a törvényhozási többség a jog letéteményese: „Brave judges, armed with sound conceptions of natural law are, it is argued, in a better position to withstand evil governments and have a better track in so doing. Nazi Germany and apartheid South Africa are the favorite illustration of this alleged phenomenon” (Campbell 2003:31). A demokrácia értékelkötelezettségére alapozott pozitívizmusában Campbell persze kevésbé Hartnak a törvényhozás pozitív morállal összekötését emeli ki, mint inkább a valamikor Harttal vitatkozó Lon Fuller vonalát, aki a zsinórmértékszerű egyenlőséget, a kiszámíthatóságot, a demokratikus kontrollt stb. emelte ki stabil értéknek a pozitív jogban. A demokratikus pozitívizmus törvényhozásának értéktelítettsége alapján Campbell bírálja a mérsékelt vagy inkluzív pozitívizmus engedékenységét is az alapjogi aktivizmus bíróközpontúságának elismerése miatt. Ugyanis ez lehetőséget tekint a pozitív joggal szemben az alapjogokra támaszkodó bírók felsőbbtségét, csak azt tartja szükségesnek, hogy ezt az alapjogi bírói felsőbbséget az elismerési szabály beemelje. Vagyis, ha a bírói karban elterjedt az a meggyőződés, hogy az alapjogokra támaszkodva felülbíráható a törvényhozási jog, akkor ez elismerési szabállyá válva a pozitívizmus részévé teszi ezt a jelenséget is, és többé nincs baj vele. Campbell ezzel szemben a demokrácia értékeire tekintettel ezt nem fogadja el, és a nemválasztott bírót semmilyen legitimitációval nem látja ellátottnak erre a hierarchikus felsőbbiségre: „'Soft' or 'inclusive' legal positivism, which allows for moral criteria in a rule of recognition, is more likely to countenance the invalidation of apparently good law on the grounds of its immorality (...) Thus, if hard legal positivism is the theory in question, it is clear that the positivist approach to the defence of lawful orders is likely to be more sympathetic, not because of any deduction from the

concept of law involved, but because of the moral and political reasons that lie behind the adoption of that concept” (Campbell 2005:23).

2.3.3. Jeremy Waldron a törvényhozás szerepéről

Waldron az egyetlen a Hart-követők között, aki több tanulmányban is közvetlenül a törvényhozással foglalkozott, így ő kivétel az irányzattal szemben megfogalmazott vád alól, miszerint ennek tagjai a bíróságok felé tolták el a jog elemzését (lásd e vád felidézését: Dworkin 2007:98; Waldron törvényhozással foglalkozó főbb tanulmányai: 1999, a magyar nyelvre is lefordított 1996-os anyaga (2004); és a 2004b, 2004c). A magyar nyelvű anyaga arra is jó, hogy az irányzat viszolygását is láthassuk, ahogy felsorolja a törvényhozással szembeni fenntartásokat: „a törvényhozásban lefolytatott vita kaotikus és ripacskodó (...) A törvényjavaslatok nem maguk vívják ki autoritásukat a bennük rejlő értelem erejénél fogva, hanem mások ruházzák fel őket autoritással egy olyan eljárás segítségével, amelyben semmi több sem szól mellettük, mint támogatójuk számbeli túlsúlya (...) Az önkényesség vádjá (...) az önkényes eljárást állítja szembe egy észérveken alapuló eljárással egy olyan kontextusban, ahol az ésszerűsége van szükség, mivel a politikai célkitűzések, az erkölcs és az igazságosság fontos szempontjai forognak kockán” (Waldron 2004:372-373). Egy másik cikkében az ilyen felfogások jogelméletben betöltött domináns szerepe miatt Waldron idézi a a critek doyenjének, Mangabeira Ungernek az állítását, miszerint „a jurisprudence kis piszkos titkainak egyike” („dirty little secret of contemporary jurisprudence”) az antidemokratikus beállítottságuk” (lásd Waldron 2004b:1-2). Waldron ezt az állítást helyesli általánosságban, azonban az analitikai jogelmélet esetében ezt a tartózkodást a demokratikus törvényhozás jogban játszott szerepével szemben azzal védi ki, hogy az analitikai filozófia - így az analitikai jogfilozófia is - csak a mindenhol létezőre korlátozhatja magát, és ez nem teszi lehetővé, hogy csak a jogok némelyike esetében létező demokratikus jogalkotást - mint a politikai demokráciák partikuláris sajátosságát - is kutassa: „Democracy as such has little or nothing to teach us about the concept of law under severe disciplinary limitations of general jurisprudence” (Waldron 2004:3). Mindenesetre egy „bágyadt utálatot” azért elismer Waldron is az analitikai jogelmélet demokrácia felé irányuló beállítottságát illetően: „In analytic legal philosophy the discomfort takes a milder form something between languid disdain and disciplined indifference” (i.m. 2.p.).

Waldron foglalkozik anyagában a demokrácia megjavítás kísérletével a deliberatív demokrácia alakjában, amely a szavazásközpontú demokráciával szemben a racionális viták útján a közös álláspontok kialakítását teszi a középpontba, és ez ideális esetben magát a szavazást is feleslegessé teszi, hisz a szavazás maga annak beismerése, hogy nem tudtak racionálisan közös álláspontot kialakítani. Ám ezt ő illúzióknak tartja: „... ki kell tartani annak belátása mellett, hogy valóságos körülmények között az emberek még a deliberációt követően is jóhiszeműen vallanak eltérő nézeteket a közös jóról, a követendő célkitűzések, az igazságosság és a helyesség olyan kérdéseiről, amelyekről elvárásuk szerint a törvényhozóknak véleményt kell cserélniük (Waldron 2004:375-377). Ehhez persze hozzá lehet tenni, hogy Waldron túlságosan jóhiszeműen mutatja be a deliberatív demokrácia követőinek célkitűzéseit a demokratikus döntések racionális viták alapjára helyezésénél, mert épp az általa is idézett Philipp Pettit pl. olyan terveket vázolt e kereten belül, amely a milliós tömegek által választott törvényhozás mellett az adott ország kiemelkedő értelmiségi alakjaiból álló Deliberatív Tanácsot állítana fel, és ennek vétőjogot adna a törvényhozással szemben (lásd Pettit 2003-as jogfilozófiai világkonferenciára benyújtott tanulmányának ismertetését Pokol 2003). Mindenesetre magának Waldronnak a megoldását a törvényhozás tiszteletreméltóságának megalapozásánál kritika nélkül el lehet fogadni: „...a többségi döntés éppen azért érdemli ki a tiszteletünket, mert ez az egyetlen döntési procedúra,

mely nem kísérli meg különböző filozófiai fortélyokkal eltüntetni a pluralitást és a véleménykülönbség tényét (...) A jogrendszer hozzá tud járulni az ilyen problémák megoldásához azzal, hogy a lehetséges alternatívák egyikéhez szankciót kapcsol. (...) Mielőtt a jog megtehetné ezt, a társadalomnak el kell döntenie, melyik alternatívát választja ki, mint amely érdemes rá, hogy ilyen módon szankciókkal támogassák. Maga ez a döntés nem szerény vívmány, s a törvényhozás azért parancsol tiszteletet, mert megtestesíti ezt a vívmányt” (Waldron 2004:300 ill. 390.p.) Visszakapcsolva Habermas morál- és jogfilozófiájára ki lehet emelni, hogy a deliberatív demokrácia eszméjének felkarolásával Waldron áll ehhez a legközelebb a harti irányzaton belül. Még annyit kell ehhez hozzátenni, hogy Waldron az utóbbi években radikalizálódott a törvényhozás bírák általi alapjogi felülbíráásával kapcsolatban, és már azt követeli, hogy magát a „judicial review”-t, a törvények bírák általi alkotmányellenessé nyilvánításának lehetőségét is meg kellene szüntetni. (Lásd ennek jelzését Schauer 2007:8; az amerikai irodalomban újabban terjedő, enyhébb „deparmentalista” követelések csak arra terjednek ki, hogy a bíróságok alkotmányértelmezésének szupremáciáját kell megszüntetni, és a törvényhozás, illetve végrehajtási szféra alkotmányértelmezése ugyanolyan rangú legyen mint a Supreme Courté).

Összegezve tehát azt lehet mondani, hogy Tom Campbell „spontán” demokrácia szeretetével szemben Waldronnál a szeptikusok érveinek körbejárása után bukkan fel a többségi demokrácia és a törvényhozás fontossága, így reflexívebbnek lehet elemzéseit tekinteni.

Most nézzük meg Hart követőinek másik oldalát, ahol a jog bírói folyamatokra szűkítése történik meg, és a jog morállal összefonása válik középpontúvá. Ennek az oldalnak egyik képviselője Gerald J. Postema, amerikai jogfilozófus, és legyen itt elég most csak az ő nézeteinek elemzése

2.3.4. Gerald Postema és a jogi érvelés átmoralizálása

A jogon belüli egyedi bírói döntések és jogász érvelések intenzívebb odakötését a morálfilozófusok által definiált szempontokhoz jól lehet látni Gerald J. Postema, amerikai jogfilozófusnál. Az 1970-es évek elején végzett Postema első nagyobb idézettséget kapott tanulmányát a jogász szerepek kritikájáról írta 1980-ban, majd a jogot szigorúan az államhatalmi döntésekhez kötő Jeremy Bentham jogelméletéről írt kritikai monográfiát 1986-ban, és ennek nyomán fokozatosan egy átfogó jogfelfogás elemeit igyekezett kibontani néhány tanulmányában a '90-s évektől (lásd Postema 1980, az átfogó jogelméleti koncepcióvá bővítő törekvéseire magyar nyelvre fordított tanulmányát 2004).

A jogász szerep kritikájának lényege az átfogó morális személyiség leszűkülése a professzionális etikai kódexre, és ez által pl. egy védőügyvéd büntetőügyben vagy egy válási perben olyan magatartást is kifejt, amit magánéletében nem tenne, mert morálisan nem látná elfogadhatónak. Postema nem vitatja itt, hogy ez az elkülönülés a professzionális jogász szerepének elterjedt és bevett koncepciója, ám az ezzel szakítást és a teljes morális személyiség szempontjainak perbe bevitelét igyekszik tanulmányában megindokolni: „Because this is not possible under the present conception of the lawyer’s role, as exemplified by the Code of Professional Responsibility, that conception must be abandoned, to be replaced by a conception that better allows the lawyer to bring his full moral sensibilities to play in his professional role” (Postema 1980:64). Jelzi, hogy erre egyik válasz volt annak sürgetése, hogy deprofesszionálizálják a jogász munkát, és a bárki által elvégezhető jogi képviselő megoldaná az elkülönülés lebontását, és ezzel a szűk „morális szemüveg” helyett a teljes morális személyiség megjelenését a jogi érvelésben. Ezt azonban Postema egyrészt túl nagy árnak tartja a probléma megoldására, mivel egy komplex jogi világban a professzionális jogász tudás nélkül nem lehet magas színvonalon ellátni ezt a feladatot, másrészt

szükségtelennek is, mert megítélése szerint a profeszionális jogászi szerepet megtartva is be lehet vinni a teljesebb morális személyiséget ebbe a tevékenységbe: „It is not difficult to show that there is nothing inherently irrational or morally objectionable in this exclusionary character of professional morality” (i.m.71.p.). A megoldást aztán Sartre egzisztencialista műveiből veszi, melyben a szerepek szerinti cselekvés a korlátozott személyiség cselekvéseként jelenik meg, melyből ki lehet, és ki is kell lépni a szabad cselekvés érdekében: „In Sartre’s view it is therefore essential that one be capable of walking away from one’s role” (i.m. 74.p.) És ugyanezt a szereptől eltávolodási lehetőséget erősíti meg Postema számára Goffman szerep-távolítás fogalma is.

Ezek alapján két szerepfelfogást különböztet meg, a rögzített és a reflexív (recourse) szerepfelfogást, és úgy látja, hogy az elterjedt jogászi szerepfelfogás a rögzített, miközben a reflexív is rendelkezésre áll. Ez utóbbi lényege lenne, hogy a jogász kinyúl a szerepe mellé rögzített szempontokon túlra, és az egész morális személyiségét igyekszik bevinni a mérlegelésbe: „A second, more plausible alternative is to recognize the unavoidable discontinuities in the moral landscape and to bridge them with a unified conception of moral personality (...) Such a conception must improve upon the current one by allowing a broader scope for engaged moral judgement in day-today professional activities while encouraging a keener sense of personal responsibility for the consequences of these activities” (i.m. 82.). Példának hozza Postema a válóperes ügyvéd szűkebb morális szempontját, amikor a férj harcol a perben gyermekei feletti gyámi jogokért, és ennek elérésére az ügyvéd beveti azt a máskülönben igaz tény, hogy a feleség megcsalta a férjet a házasság alatt, ám ez megalázza morálisan a feleséget a per folyamán a nyilvános bizonyítással, és ezért a kitágított ügyvédi morális szerep szerint ezt nem lenne szabad felhasználni (im. 87.).

Postema átfogóbb jogelméleti felfogását kitűnően mutatja a magyarra fordított, eredetileg 1996-os tanulmánya, melyben a jog autonómiáját és a jogi érvelés illetve döntés formális jogi előírásokra szűkítését elveti, és a szélesebb morális és más gyakorlati szempontok integrálásával látja megvalósulónak a jog működését. Érdekes azonban egy hangsúlyváltást kiemelni az előbbi anyaghoz képest. Mint láttuk, ott a kiszélesített jogászi szerep az elterjedt jogászi szereppel és jogműködéssel szemben csak mint ideális tervezet merült fel, ezzel szemben itt ez a szélesebb jogászi érvelés és jogi működés mint realitás kap bemutatást. Pontosabban itt Postema egy kettéosztást hajt végre, és azt írja, hogy a bíróságok az esetek többségében egyáltalán nem szűkítik döntési mérlegelésüket a formális jogi előírásokra, és egy sor azon túli szempontot is bevonnak ezeknél. Az állampolgárok tömegei azonban nem tudják ezt, és ezért kötelezőnek vélik a pozitív jogi előírásokat. A feladat tehát pusztán az - mondja Postema -, hogy feltárjuk előttük a tényleges bírói döntések pozitív jogon túllépését, és akkor az állampolgárok is elvetik majd a pozitív jogra leszűkülő jog képét: „Másodszor, jó okkal gondolhatjuk, hogy az általános érvelés nem támasztja majd alá ezt a leszűkítést. Valójában úgy tűnik, hogy még ha a preemptív (*kötelező* - PB) tézis meg is vetette a lábát az állampolgárok gondolkodásában, a jog erejére vonatkozó felfogásuk nem éli túl, ha nyilvánosan a tudomásukra hozzuk, hogy a bíróságokat kivontuk a preemptív tézis terjedelme alól. (...) figyeljünk fel arra, hogy a joggyakorlatban a gyakorlati érvelés nagyon is interdependens. E{z az} interdependencia nemcsak az hivatalos személyek között nyert teret, hanem „horizontálisan” is, az állampolgárok között, és vertikálisan a bíróságok és az állampolgárok között. (.) Az állampolgároknak bele kell gondolniuk, hogy jobban teszik-e (vagyis magatartásukkal jobban megfelelnek-e a jognak) ha preemptív erőt tulajdonítanak a kinyilvánított jogi normáknak, ahelyett, hogy azokat a „jogon kívüli” megfontolásokat vennék számba, amelynek a bíróságok várhatóan jelentőséget tulajdonítanak majd, hogy ezeket is mérlegeljék, amikor a bíróságok deliberalizációit (*megfontolásait* - PB) anticipálják” (Postema 2004:128-129).

Míg az 1980-as anyagban a bevett gyakorlattal szemben vázolta Postema az elkülönült professzionális jogászi érvelés visszaintegrálásának szükségességét az egységes gyakorlati morális szférára, itt ezt már létezőnek mutatja be, és már csak ennek „tartalmas” jogelméletét (ti. az elkülönült, formális jog elmélete helyett) látja létrehozandónak: „Egy jogelméletnek számot kell adnia arról, hogy a jogi normák hogyan működnek azoknak a gyakorlati érvelésében, akiket irányítanak. Tekintettel a bíróságon belüli és a bíróságon kívüli gyakorlati érvelés komplex interpedenciájára, ha a forrásalapú normák fontos szerepet játszanak mind a hivatalos személyek, mind az állampolgárok gyakorlati érvelésében, akkor a nem forrásalapú megfontolásoknak is szerepet kell játszaniuk. A jog egy tartalmasabb elméletére van szükségünk, hogy megmagyarázzuk, hogyan kell, mindennek működni. (...) nincs okunk feltételezni, hogy az autonómiatézis túléli az elmélet „kiteljesítését”” (im.139.).

Postema tehát egy pálfordulást hajtott végre a jog realitását illető bemutatásánál a nélkül, hogy ezt megkísérelte volna alátámasztani empirikusan, de nagyon kétséges, hogy ez realitásként tényleg kimutatható lenne. Mark Tushnet, az egyik legismertebb amerikai crit írta, hogy a jog minden osztályfoglaltsága ellenére el kell ismerni, hogy az esetek túlnyomó többségében többé-kevésbé előre megadható a joganyag alapján, milyen döntést hoznak az esetre a bírák (Tushnet 1991:1516).

Amit pedig a jog és morál elválásának két disztinkciójánál jeleztünk, és melyek Hart elemzéseiből még kivehetők voltak e téma elemzésénél, itt Postemánál már diffúz módon összeolvadnak a jog autonómiáját elutasító érveiben: „Durván szólva a jog autonómiája abban áll, hogy azoknak a normáknak a létezését, tartalmát és gyakorlati erejét, amelyeket a jogi érvelés kiindulópontként használ, olyan kritériumok határozzák meg, amelyek semmilyen lényegi utalást nem tesznek a politikai moralitást illető megfontolásokra, így pedig a jogi érvelés úgy járhat el, hogy egyáltalán nem kell beleártania magát a politikai moralitást érintő érvekbe” (i.m.106.) Mint láttuk, Hart nagyon is utalt arra, hogy a demokratikus törvényhozási választásokon a társadalom nagy csoportjainak morális értékhangsúlyai küzdenek, és a pártok törvényhozási többségével nagyon is bekerül a jogalkotásba a morál. Az „autonómia” és az „elválasztási” tézis állandó kritikai emlegetése azonban a Hart elméletével foglalkozók körében egyszerűen közhelyé tette a téves tézist, hogy Hart teljesen elválasztja a jogot és a morált, és hogy ez nem elfogadható. Itt Postemánál ez már csak így jelenik meg.

Irodalom

- Campbel, Tom (1994): Democracy, Human Rights, and Positive Law. Sydney Law Review. (Vol. 16) 195-212.p.
- Campbel, Tom (2003): Blaming Legal Positivism: A Reply to David Dyzenhaus. Australian Journal of Legal Philosophy. 31-38.p.
- Campbel, Tom (2005): Prescriptive Conceptualism: Comments on Liam Murphy, 'Concepts of Law'. Australian Journal of Legal Philosophy. 20-28.p.
- Coleman, Jules (1991): Rules and Social Facts. Harvard Journal of Law and Public Policy. (Vol. 14.) 703-725. p.
- Coleman, Jules (2004): Negatív és pozitív pozitívizmus. In: Bódig/Györfi/Szabó (szerk.): A Hart utáni jogelmélet alapproblémái. 49-74.p. Miskolc. Bíbor Kiadó.
- Habermas (1976): Legitimationsprobleme im modernen Staat. In: Zur Rekonstruktion des

- Historischen Materialismus. Frankfurt am Main. 1976. Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen (1992): Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Suhrkamp. Frankfurt am Main.
- Habermas, Jürgen (2001): A kommunikativ etika. Új Mandátum Kiadó. Budapest 2001.
- Hart, H. L. A. (1995): A jog fogalma. (Ford. Takács Péter) Osiris, Budapest.
- Hart, H. L. A. (1999): Jog, szabadság, erkölcs. (Ford. Krokovay Zsolt) Osiris, Budapest.
- Hart, H.L.A. (2004): Parancsok és autoritativ jogi indokok. In: Bódig/Györfi/Szabó (szerk.): A Hart utáni jogelmélet alapproblémái. 287-310. p. Miskolc. Bíbor Kiadó.
- Macintyre, Alasdair (1999): Az erény nyomában. Erkölcselméleti tanulmány. Osiris. Budapest, 1999.
- MacCormick, Neil (1985): Analytical Jurisprudence and the Possibility of Legal Knowledge. Saskatchewan Law Review (Vol. 49) 1-13.p.
- MacCormick, Neil (1994): The Concept of law and 'The Concept of Law'. Oxford Journal of Legal Studies. (Vol. 14.) 1-23.p.
- MacCormick, Neil (2007): On Public Law and the Law of Nature and Nations. Edingburgh Law Review (Vol. 11) 149-161.p.
- Nyíri Tamás: Alapvető etika. Szent István Társulat, az Apostoli Szentszék Könyvkiadója. Budapest, 2003.
- Perry, Stephen R. (1996): The Varieties of Legal Positivism. Canadian Journal of Law and Jurisprudence (Vol. IX) No. 2. July 1996.
- Pokol Béla (1993): Habermas jogfilozófiája Magyar Filozófiai Szemle 1993/5. szám.
- Pokol Béla (2003): Feljegyzések a XXI. Jogfilozófiai Világkongresszusról. Jogelméleti Szemle 2003/3.
- Pokol Béla (2006): Politikaelmélet. Társadalomtudományi trilógia III. Századvég Kiadó. Budapest.
- Postema, Gerald J. (1980): Moral Responsibility in Professional Ethics. In: Ne York University Law Review (Vol. 55). 63-89.p.
- Postema, Gerald J. (2004): A jog autonómiája és a nyilvános gyakorlati ész. In: (Bódig/Györfi/Szabó (szerk.): A Hart utáni jogelmélet alapproblémái. Miskolc Bíbor Kiadó. 105-142.p.
- Schauer, Frederic (2007): The Supreme Court - 2005 Term. Harvard Law Review. (Vol 120.) 4-64.p.
- Tushnet, Mark (1991): Critical Legal Studies: A Political History. The Yale Law Journal. 1991. 1515-1544. p.
- Waldron, Jeremy (1999): The Dignity of Legislation. Cambridge University Press.
- Waldron, Jeremy (2004): Törvényhozás, autoritás és szavazás. In: Bódig/Györfi/Szabó (szerk.): A Hart utáni jogelmélet alapproblémái. Miskolc Bíbor Kiadó. 371-406.p.
- Waldron, Jeremy (2004b): Can There Be a Democratic Jurisprudence? (Draft Of March 2004 for Analytical Legal Philosophy Conference, NYU School of Law.
- Waldron, Jeremy (2004c): Legislating with Integrity. Fordham Law Review. (Vol. 72) 373-394.p.
- Waluchov, Wil (2002): In Pursuit of Pragmatic Legal Theory. Critical Notice: The Practice of Principle by Jules Coleman. Canadian Journal of Law and Jurisprudence. (Vol. XV.) January 2002. 125-150.p.

Béla Pokol

Theorietechnische Korrigierungen von Niklas Luhmann's funktionale Systemtheorie*

Während seiner langen wissenschaftlichen Tätigkeit hat Niklas Luhmann das Ausbauen einer umfassenden Theorie mit Hilfe verschiedener Theoriekonstruktionen und Lösungen versucht, aber in Bezug auf die wichtigsten Bauelemente dieser Theorie eine Stabilität festgestellt werden können. Bis 1970 haben solche Kategorien und theoretische Lösungen in seinem Denken sich schon ausgebildet, von denen seine umfassende Theorie und innerhalb dieser die Theorie der funktionalen Differenzierung bzw. der funktionalen Teilsysteme während seiner späteren theoretischen Entwicklung weitgehend bestimmt wurden. In den einführenden Bemerkungen möchte ich drei solchen theoretischen Lösungen von Luhmann skizzieren (1); in den nächsten Teil wird versucht, diese Lösungen von Luhmann weiterzudenken und zu korrigieren (2); und in dem letzten Teil werden solche Aspekte aufgezeigt, die in der Theorie der funktionalen Differenzierung ohne Thematisierung geblieben und deshalb zu einer eingegengten Gesellschaftsstruktur der Luhmannschen Theorie geführt haben. In diesem letzten Teil versuche ich, eine solche Theorie in die Erklärung der funktionalen Differenzierung einzubeziehen, von der die theoretische Einengung abgeschafft werden könnte.

1. Die theoretischen Lösungen der funktionalen Differenzierung bei Luhmann

Den Kern der Luhmannschen Gesellschaftstheorie bildet die funktionale Differenzierung und das Funktionieren der modernen Gesellschaft in abgesonderten Teilsysteme. Diese gesellschaftliche Evolution kann in erster Linie während der europäischen Geschichte beobachtet werden, wenn die diffuse und mehrfunktionale Tätigkeiten der menschlichen Gemeinschaften durch mehrere Jahrhunderten von der Frühmittelalter immer mehr zu funktional abgekoppelten Teilsysteme umwandelten, und die Leistung der Hauptfunktionen der Gesellschaft von den ausdifferenzierten Teilsysteme monopolisiert wurden. Auf diese Weise konnte eine größere Komplexität erreicht werden und die Gesamtgesellschaft konnte eine größere Wirksamkeit im Vergleich zu der früheren diffusen Institutionen parallel mit mehreren Funktionstätigkeiten leisten. Im Vorgang der funktionalen Differenzierung können die folgenden Aspekte herausgehoben werden.

1. Die einzelnen funktionalen Tätigkeiten konnten sich erst in dem Maße von den anderen funktionalen Handlungen absondern und diese von der Betreuung der bestimmten Funktion der Gesellschaft ausschließen, wie ein binärer Code entstehen konnte, welche das Monopol der Orientierung dieser Tätigkeiten erreichen konnte. Z. B. die Beobachtung der Realität und die Verarbeitung der so gewonnenen Informationen konnte der binäre Code wahr/falsch im Verlauf der Entwicklung der Wissenschaft monopolisieren und auf diese Weise konnte sich das gesellschaftliche Teilsystem der Wissenschaft etablieren; in Bezug auf die rechtlichen Konflikte der binäre Code rechtmäßig/unrechtmäßig, auf die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Code von Haben/Nichthaben und noch später konnte der Code Regierung/Opposition für die politischen Tätigkeiten in dem demokratischen Pluralismus die Möglichkeiten der

teilsystemartigen Ausdifferenzierung im Verlauf der europäischen Geschichte leisten (siehe Luhmann 1970:204-230 bzw. 232-252;1987:126-027).

2. Nach seiner Ausdifferenzierung kann von jedem Teilsystem die Handlungen innerhalb den anderen Teilsystemen nur als undifferenzierte Umwelt wahrgenommen werden und jeder Teilsystem kann die Informationen der Umwelt nur in dem durch seine binäre Code möglich gemachten Aspekt aufarbeiten. Für dieser Aufarbeitung gilt Luhmanns These, dass es in der funktional ausdifferenzierten Gesellschaft kein gesellschaftlichen Teilsystem gibt, das für die gesamtgesellschaftliche Führung und Koordinierung mehr geeignet wäre als die anderen und von dieser These folgt das Verschwinden der zentralen Gesellschaftssteuerung in der modernen Gesellschaft. Obwohl es Versuche geben kann, wenn ein Teilsystem sich selbst als Zentrum der Gesellschaftssteuerung ausgeben möchte, wie in Bezug auf das politische Teilsystem und den Staat auch heute noch manchmal beobachtet werden können, aber diese Versuche bringen mehr Nachteil als Vorteil und bringen immer mehr Disfunktionen zustande (siehe Luhmann 2000:189-215). Funktionale Primat der einzelnen Teilsysteme kann nur provisorisch sein, wenn ein bestimmtes Teilsystem die ausdifferenzierten Charakterzüge stärker als die andere verwirklichen konnte: „Der funktionale Primat scheint jeweils dem Teilsystem zuzufallen, das sich mit jeweils höherer Eigenkomplexität ausdifferenzieren und strukturieren lässt“ (Luhmann 1970:226).

3. Es ist hervorzuheben, dass Luhmann die funktionale Ausdifferenzierung so auffasst, dass alle Kommunikationen, von denen eine bestimmte binäre Code benutzt werden, ohne Differenzmachen zwischen den Laienkommunikationen und professionellen Kommunikationen demselben Teilsystem gehören. In Bezug auf das Rechtssystem schreibt er: „Das Rechtssystem einer Gesellschaft besteht aus allen sozialen Kommunikationen, die mit Bezugnahme auf das Recht formuliert werden. Zum Rechtssystem gehören nicht nur diejenigen Kommunikationen, die innerhalb rechtlich geregelter Verfahren ablaufen, sondern auch Kommunikationen des täglichen Lebens, oder Ansprüche mit Bezugnahme auf das Recht anmelden oder abwehren“ (Luhmann 1981:35).

Neben diese drei Charakterzüge könnte noch viele andere in der Theorie der funktionalen Differenzierung von Luhmann herausgehoben werden – nicht zu sprechen über die unzählbare Details in seiner umfassender Theorie -, aber jetzt möchte ich nur diese theoretischen Aspekte seiner Gedankenwelt problematisieren (ausführlicher siehe Pokol 1990; 2001).

2. Korrigierungen der Theorie funktionaler Teilsysteme

Die evolutionäre Ausdifferenzierung der funktionalen Teilsysteme bedeutet hauptsächlich, dass die multifunktionalen und an vielen heterogenen Wertgesichtspunkten sich orientierenden Kommunikationsbereiche (Handlungsbereiche, Tätigkeitsbereiche) sich immer mehr auf eine gesellschaftliche Funktion spezialisieren und es in ihren Kommunikationsselektionen anstelle der Orientierung an heterogenen Wertgesichtspunkten zur Orientierung am eigenen binären Code kommt. Als erster Schritt in Richtung auf das Grenzziehungsproblem der ausdifferenzierten Teilsysteme ist diese Formulierung brauchbar, aber wenn man damit die empirische Realität beschreiben will, tauchen sofort zwei Probleme auf.

1. Das erste Problem bezieht sich auf die orientierende Rolle des binären Codes in den Kommunikationsselektionen. Denn wenn man eine *dominierende* Rolle des Codes "wahr/falsch"

bei der Wissenschaft oder "Recht/Unrecht" beim Rechtssystem annimmt, bleibt die Frage nach Effekten anderer Wertgesichtspunkte noch unbeantwortet. Sie sind sicher nicht vollständig aus den ausdifferenzierten Teilsystemen eliminiert, sondern höchstens in den Hintergrund getreten, aber in diesem Zustand wenn auch durch das Prisma des eigenen binären Codes des Teilsystems gebrochen bei den einzelnen Kommunikationsselektionen relevant. Dieser Schritt scheint für mich zwingend zu sein, und ihn zu vermeiden nutzte Luhmann in seinen späteren Werken die einzige Möglichkeit: nämlich die Verschiebung des Ausdifferenzierungsgedankens auf die momenthaft-operationelle Ebene (z. B. Luhmann 1984:51-70), obwohl er früher noch auf die These der institutionelle Ausdifferenzierung der Teilsysteme bestand hatte (z. B. Luhmann 1970: 232-252). Auf diese Weise kommen Wissenschaft, Recht, Wirtschaft etc. zustande, wenn die momenthafte Kommunikation eben durch den entsprechenden binären Code bestimmt ist, aber sobald der jeweilige binäre Code den Platz für andere Codes - also für andere Teilsysteme freigibt - verschwindet diese Bestimmtheit wieder. (Z.B. gehören die finanziellen Kostenberechnungen des Forschungsleiters während der Forschungsarbeit in einer Universität nicht dem Wissenschaftssystem sondern der Wirtschaft.) Aber wenn man darauf besteht, dass sich die Ausdifferenzierung auf der Ebene der dauerhaften Strukturen aufzeigen lässt, und sogar nur diese dauerhaft zwingenden Strukturen wahrscheinlich machen, dass der jeweilige binäre Code beim Erkenntnisgewinn, dem Rechtsgeschehen etc. die Kommunikationsselektionen bestimmt, dann erscheint diese Lösung als korrekturbedürftig. Anstatt der momenthaft-operationelle Ausdifferenzierung muss die institutionelle Ausdifferenzierung beibehalten werden.

Wenn man die Luhmannsche Theorie in diese Richtung präzisiert, erscheinen die einzelnen gesellschaftlichen Teilsysteme *als spezifisch arrangierte Wertungsgebiete*, in denen die Ausdifferenzierung nur das Zustandekommen der dominierenden Rolle eines binären Codes (oder anders ausgedrückt: eines universalen Wertduals) über die anderen Wertgesichtspunkte bedeutet. In allen Teilsystemen kommen alle binären Codes bei der Bestimmung der Kommunikationsselektionen zur Geltung, aber immer in anderem Arrangement und dann durch einen anderen binären Code dominiert. Es lässt sich sogar sagen, dass das spezifische Arrangement der vielen Wertgesichtspunkte nicht nur durch die dominierende Rolle des jeweiligen binären Codes der einzelnen Teilsysteme charakterisiert sein kann, sondern auch aufzuzeigen ist, welche unterschiedliche Bestimmungskraft die anderen Codes in den einzelnen Teilsystemen haben. So bestimmt z.B. innerhalb des Rechtssystems der Code "wahr/falsch" stärker die meisten Kommunikationen (bei strafrechtlichem Verfahren die kriminalistischen Untersuchungen etc.) als im Kunstbereich. Allerdings müssten hier noch viele Forschungen gemacht werden, um ein genaueres Bild hinsichtlich des Arrangements der Werthierarchie in den einzelnen Teilsystemen zu bekommen. Man könnte sagen, dass diese Arbeit als Äquivalent für Forschungen angesehen werden kann, die in dem autopoietisch-momenthaften Differenzierungskonzept von Luhmann für das Auffinden der basalen Selbstreferenz der einzelnen Teilsysteme in seinen letzten Jahren geleistet wurden.

2. Das zweite Problem lässt sich aufzeigen, wenn man die Unterschiede zwischen der Codebenutzung der *Laien* und der *professionellen* Wissenschaftler, Juristen, Künstler etc. thematisiert. Die Ausdifferenzierung der einzelnen gesellschaftlichen Teilsysteme bedeutet, dass bei den Kommunikationen (Handlungen, Tätigkeiten), die sich immer spezialisierter um die einzelnen gesellschaftlichen Grundfunktionen organisieren, die Selektionen durch einen universalen Wertdual bestimmt sind. Oder mit der schon angedeuteten Modifizierung: die Kommunikationsselektionen durch einen universalen Wertdual *dominierend* bestimmt sind, wobei die anderen Wertaspekte nunmehr durch das Prisma dieses Wertduals gebrochen, im Hintergrund eine Bestimmungskraft haben. Für beide Versionen taucht aber eine Frage in ähnlicher Weise auf:

Wie wahrscheinlich ist es, dass beim Erkenntnisgewinn, dem Rechtsgeschehen etc. der eigene binäre Code und nicht die anderen die dominierende Rolle spielen werden? Und damit hängt die folgende Frage zusammen: nämlich, ob alle Kommunikationen, die sich momentan an den Codes "wahr/falsch" oder "Recht/Unrecht", "schön/hässlich" etc. orientieren, den passenden Teilsystemen zugerechnet werden sollten, oder ob dagegen die Ausdifferenzierung der Teilsysteme auf die professionelle Komponente eingeengt, die Kommunikationen der Laien also daraus ausgeschlossen werden sollten?

Die Antwort auf die erste Frage kann meiner Meinung nach mit dem Aufzeigen der zwingenden Strukturen und Mechanismen gegeben werden, die die Kommunikationsteilnehmer für den Erkenntnisgewinn, die rechtliche Konfliktlösung etc. in solcher Weise rekrutieren, sozialisieren, belohnen, bewerten und sanktionieren, dass sie bei den relevanten Tätigkeiten in aller Regel durch den binären Code der Wissenschaft, des Rechtssystems etc. geleitet werden. Auch in einer Kneipe können also leidenschaftliche Diskussionen unter den Mitgliedern des Stammpublikums über Rechts- und Wissensfragen geführt werden, aber die Ausdifferenzierung der relevanten Teilsysteme bezieht sich nicht auf diese Kommunikationen. Sie finden außerhalb der professionellen Institutionensysteme statt.

Mit diesem Problem hat Luhmann sich mehrmals konfrontiert und seine Lösung war die innere Differenzierung der Teilsysteme aufgrund der Leistungsrollen und Publikumsrollen. (Siehe dazu die ausführlichen Analysen von Stichweh:1988). Aber wenn man die zwingenden Strukturen der einzelnen Teilsysteme, die die dominierende Rolle des jeweiligen binären Codes sichern, stärker hervorhebt, taucht die Frage auf, warum man professionellen und laienhaften Kommunikationsteilnehmern in den einzelnen Teilsystemen zusammenfasst, wenn man dann die beiden sofort mit einer inneren Spaltung isolieren muss, weil dauerhafte Strukturen der Ausdifferenzierung nur für die professionellen Teilnehmer aufgezeigt werden können?

Anstatt dem autopoietisch-momenthaften Differenzierungsgedanken ist die andere Möglichkeit zu der Lösung dieses Problems also die eingeengte Thematisierung der Teilsysteme, aber dann müssen einige Modifizierungen der Luhmannschen Systemtypologie eingerichtet werden. Die wichtigste unter diesen ist, dass die Systemebene "Gesellschaft" aufzulösen und neben der Kategorie der professionellen Institutionensysteme (als eingeengte Form der früheren Kategorie des gesellschaftlichen Teilsystems) die des Alltagslebens einzuführen ist. Die evolutionäre Ausdifferenzierung dieser Systeme kann dann nicht mehr als Ausdifferenzierung voneinander, sondern als *Hervorhebung dieser spezifisch-spezialisierten Kommunikationsbereiche aus der diffusen Alltagswelt thematisiert werden.*

2.1. Professionelle Institutionensysteme und Alltagsleben

Damit ist die erste Korrigierung von Luhmanns Theorie gemacht. *Die strukturelle Differenzierung der gesellschaftlichen Teilsysteme ist also auf die Ebene der professionellen Institutionensysteme einzuengen.* Nur so können Sozialstrukturen zustande kommen, die die einzelnen Differenzierungen zwangsläufig aufrechterhalten. Die Hauptaspekte der professionellen Institutionensysteme sind die Rekrutierungsmechanismen der professionellen Teilnehmer, die Selektierungsmechanismen unter den Rekrutierten, die speziellen Sozialisierungsmechanismen der entsprechend dem zentralen Wertdual Ausgesonderten sowie die zur Bewertung, Belohnung und eventuellen Sanktionierung der vollberechtigten Teilnehmer entstandenen Mechanismen. Konnte unter diesen Aspekten eine gewisse Selektion nach dem universalen Wertdual eine dominierende Position erreichen, so kann über die bloße Organisationssystembildung hinaus auch

über das Zustandekommen eines umfassenderen professionellen Institutionensystems gesprochen werden.

Auf der anderen Seite bedeutet nämlich die dauerhafte Geltendmachung der jeweiligen Wertduale (binäre Code) immer die Zurückdrängung von zahlreichen, davon abweichenden Bewertungsaspekten. Wenn es um die Beurteilung nach der wissenschaftlichen Wahrheit geht, darf man sich hinsichtlich der Behauptungen des anderen Partners nicht davon verleiten lassen, ob man ihn moralisch eventuell als einen Schuft oder umgekehrt: als einen Heiligen betrachtet. Bei der Auswahl der Kandidaten für eine akademische Position darf die uns sympathische oder eventuell verhasste politische Einstellung des Kandidaten keine Rolle spielen usw. Wie wir jedoch alle wissen, ist die Zurückdrängung dieser Gesichtspunkte äußerst schwierig. Es kann nur durch die Vielfalt von umfassenden unpersönlichen und zwingenden Strukturen gesichert werden, dass bei der auf die wissenschaftliche Wahrheit gerichteten Kommunikation in der Mehrzahl der Fälle diese fremden Aspekte verdrängt und die Diskussionen, Bewertungen und Belohnungen tatsächlich durch die in den wissenschaftlichen Gemeinschaften akzeptierten Regeln der Beurteilung von wahr/falsch geleitet werden. In dieser Hinsicht kommen wir also zu einer ausgesprochen entgegengesetzten Einsicht wie Luhmann, der die Grenzen der gesellschaftlichen Teilsysteme nicht auf die professionellen Institutionssysteme einengt, sondern auch die alltägliche Kommunikation miteinbezieht. Sich mit diesem Problem beim Rechtssystem konfrontierend schrieb er: "Nicht nur der organisatorisch-professionelle Komplex, sondern alle Kommunikationen, die auf den Rechtscode Bezug nehmen - gleichgültig, ob es sich um bindende Entscheidungen handelt, oder um 'private' Rechtsbehauptungen, um kautelarische Vorsorge für Rechtspositionen oder um Versuche, sich angesichts eines drohenden Rechtsstreites zu verständigen, gehören zum Rechtssystem. Alle rechtlich codierten Kommunikationen ordnen sich eben durch die Zuordnung zu diesem Code dem Rechtssystem ein." (Luhmann 1986a: 178).

Mit dieser theoretischen Entscheidung bringen wir jedoch einige Grundsteine der Luhmannschen Kategorien ins Wanken. Infolge der Trennung des Alltagslebens und der professionellen Institutionssysteme brauchen die Systemebenen der Luhmannschen Grundtrias (der Interaktion, der Organisation und der Gesellschaft) eine gewisse Modifizierung. M. E. kann in der Welt der modernen komplexen Sozialität die grundlegende Differenzierung in der Dimension Diffusität/Spezialität gesehen werden: den diffus-kompakten Kommunikationsstrukturen des Alltagslebens stehen die nach bestimmten Wertdualen spezialisierten professionellen Institutionensysteme gegenüber. In dieser Dimension ist die Differenzierung aber nicht so scharf wie zwischen den einzelnen professionellen Institutionensystemen; die Möglichkeit der Absonderung und die Verflechtung der Differenzierungen kommen durch eine Reihe von *vermittelnden Sphären* zustande. Als solche Sphären können einige Bereiche der aus der Diffusität des Alltagslebens teilweise herausragenden Massenmedien sowie die zwischen den professionellen Institutionensystemen und dem Alltagsdenken vermittelnde Publizistik betrachtet werden. Der Vermittlung der scharfen Absonderung dienen jedoch auch die unteren Ebenen der formalisierten Erziehung sowie die ideologische Sphäre oder die popularisierten Kunstwerke usw.

Mit Hilfe dieser Vermittler fließen die in den professionellen Institutionensystemen entwickelten spezifischen Argumentationstechniken, semantischen Distinktionen und Ausdrucksweisen durch einen Popularisierungsprozess in die Kommunikationsformen des Alltagslebens ein und lösen die dort bestehenden Diffusitäten und Kompaktheiten auf. Dadurch wird das Alltagsdenken selbst mit differenzierten Negationsmöglichkeiten, mit feinere Distinktionen ermöglichenden Kategorien bereichert. Neben den oben genannten vermittelnden Bereichen kann hier noch die Rolle der allgemeinen Intelligenzenkultur bei der Übertragung der eher spezifischen Kommunikationstechniken der professionellen Institutionensysteme auf das Alltagsleben hervorgehoben werden.

Die Abweichung von Luhmann berührt die Luhmannsche Grundtrias (Interaktion, Organisation, Gesellschaft) in der Systemebene der "Gesellschaft". Die professionellen Institutionensysteme sowie das Alltagsleben stellen eine *Differenzierung der Systemebene der "Gesellschaft"* dar und die von Luhmann hervorgehobenen Differenzierungen der gesellschaftlichen Subsysteme konnten nur entlang dieser Absonderung (und wie gesehen: entlang der Entstehung der vermittelnden Bereiche) erfolgen.

Mit der begrifflichen Differenzierung der "Gesellschaft" verändert sich auch die Rolle der Interaktionen und Organisationen. Im allgemeinen kann behauptet werden, dass die Kommunikationsstrukturen des Alltagslebens stärker auf der Interaktion aufbauen bzw. andererseits sich sofort entsprechend der Determination auf gesellschaftlicher Ebene gestalten. Im Gegensatz dazu ist innerhalb der professionellen Institutionensysteme für die Bestimmung der Kommunikationen die organisatorische Systembildung wichtiger und hier wird die Selektion der Kommunikationsformen einerseits von den in der Gesamtheit des jeweiligen professionellen Institutionensystems aufgebauten Mechanismen der Rekrutierung, der Sozialisation, der Bewertung und der Belohnung, andererseits von dadurch gebildeten Organisationsmechanismen bestimmt. Die einzelnen Interaktionen in diesen Systemen können sich demzufolge spezifisch, entsprechend dem Wertdual des jeweiligen professionellen Institutionensystems abspielen. Mit der kategorialen Zweiteilung der Systemebene 'Gesellschaft' könnte vielleicht die alte Diskussion über die Unterscheidung der *Organisationen* und *Gruppen* in eine neue Bahn gelenkt werden. Die diffuseren, gefühlsmäßigeren und interaktionsnäheren Gruppenbildungen sind ganz sicher charakteristischer im Alltagsleben als in den professionellen Institutionensysteme ausgeprägt, wo ihr Pendant von den formalen Organisationen mit ihren eher unpersönlichen Kommunikationsstrukturen gebildet wird. (Für die Gruppe als vierter Systemtyp siehe Neidhard 1979; Tyrell 1983.)

Die Zweiteilung der Systemebene von Gesellschaft öffnet den Weg für das Erkennen der unterschiedlichen Organisierungsbereichen zwischen dem Alltagsleben und den professionellen Institutionensystemen. Die letztere organisieren sich immer mehr in der ganzen Welt aber die Strukturen des Alltagslebens haben eine engere Organisationsreichweite. In den diffus-kompakten Kommunikationen nehmen die Teilnehmer mit ihrer ganzen Persönlichkeit teil und auf diese Weise werden solche Solidaritäten bzw. moralische Bindungen aufgebaut, von denen fortwährend die gemeinschaftlichen Motivationen und Institutionen entstanden werden. Die nationalen Großgemeinschaften und die anderen kleineren Gemeinschaften und die dazu gehörenden Flanken, Hymnen, die Ritualen der historischen Erinnerungen etc. können in den Strukturen des Alltagslebens plziert werden. Im Gegensatz dazu organisieren sich die professionellen Wissenschaft, der Kunstbereich, das Rechtssystem etc. in breiterer Regionen, sogar die Wissenschaft in der ganzen Welt. Aber in diesen professionellen Teilsystemen nehmen die Kommunikationsteilnehmer immer nur mit einer spezialisierten Rolle teil und ihre ganze Persönlichkeit bleibt in den Hintergrund geschoben.

Mit der Korrigierung des Konzepts der Teilsystemdifferenzierung kann auch die Frage der Moral in der funktional differenzierten Gesellschaft abweichend von Luhmann beantwortet werden. Nach seiner Meinung: „Dabei geht es nicht um gute oder schlechte Leistungen in spezifischen Hinsichten, und etwa als Astronaut, Musiker, Forscher oder Fußballspieler, sondern um die ganze Person soweit sie als Teilnehmer an Kommunikation geschätzt wird. Achtung und Mißachtung wird typisch nur unter besonderen Bedingungen zuerkannt. Moral ist die jeweils gebrauchsfähige Gesamtheit solcher Bedingungen. Sie wird keineswegs laufend eingesetzt, sondern hat etwas leicht Pathologisches an sich”(Luhmann 1990:25). Oder wie er

ein Jahr früher geschoben hatte: „Denn dann gibt es jene multifunktionale Einheiten nicht mehr, denen der Einzelne voll und ganz angehören, in denen er leben kann“ (Luhmann 1989:370). Ohne die Thematisierung der Alltagswelt kann die „ganze Person“ der Astronauten, der Musiker, der Fußballspieler etc. in die Analyse der Gesellschaft wirklich nicht einbeziehen und deshalb kann Luhmann den Platz für das Funktionieren der Moral nicht sehen. Eine Folge davon ist die Einengung der Moral auf den negativen Aspekt und wenn es nur etwas Pathologisches gibt, taucht der Moralcode auf: „Empirisch gesehen ist moralische Kommunikation nahe am Streit und damit in der Nähe von Gewalt angesiedelt“ (Luhmann 1990:26) Mit dieser theoretischen Entscheidung eliminiert Luhmann solche positive Leistungen der Moral, von denen die gemeinschaftliche Kohäsion und Solidarität der Gesellschaft fortwährend reproduziert werden, aber ohne diese Leistungen kann das reibungslose Funktionieren der modernen Gesellschaft nicht erklären. Hier im Alltagsleben können also die Berührungen der Kommunikationsteilnehmer mit ihrer ganzen Persönlichkeit beobachtet werden und im Gegensatz zu Luhmann der Bereich der Moral plaziert werden.

Hinsichtlich der Modifizierungen der Luhmannschen Grundtrias kann zusammenfassend folgendes gesagt werden: Es wird zwar eine Aufteilung in die Systemebenen Interaktion, Organisation, Gesellschaft angenommen, ergänzend dazu jedoch bei der Systemebene der Gesellschaft eine Trennung zwischen dem Alltagsleben und den während der Modernisierung zustande gekommenen professionellen Institutionensystemen für erforderlich gehalten. In dieser Dimension erfolgt die Aufspaltung nicht entlang einer scharfen Grenze, sondern durch die parallele Entstehung der vermittelnd-popularisierenden Bereiche.

Es lässt sich zu bemerken, dass infolge der Modifizierung hier gewissermaßen die von Jürgen Habermas eingeführte Trennung der Lebenswelt und der Systeme auftaucht, im Gegensatz zu Habermas wird jedoch nicht die "Kolonialisierung" der Lebenswelt durch die Systeme, sondern die harmonischere Vermittlung zwischen dem Alltagsleben und den das Alltagsleben überlagernden professionellen Institutionensystemen betont. Mit der folgenden Modifizierung der Luhmannschen Theorie wird noch ein weiterer Schritt in Richtung auf die Theorie von Habermas gemacht werden.

2.3. Herausheben zweier gesamtgesellschaftlichen Koordinierungssteilsysteme

Für Luhmann haben alle Teilsysteme der Gesellschaft gleiche Reichweite, sie sind gleichwichtig für die Gesamtgesellschaft. Diese These muss überprüft werden, denn die Beobachtung der gesellschaftliche Realität zeigt, dass es zwei Teilsysteme - die Marktwirtschaft und die Politik – solches gesamtgesellschaftliches Koordinierungspotential haben, die von den anderen Teilsystem nicht verwirklicht werden können. Für die Erklärung dieser Frage soll zuerst die Doppeldeutigkeit der Wirtschaft aufzeigen, um die Koordinierungsleistungen der Marktmechanismen besser herausheben zu können.

2.3.1. Doppelbedeutung der Wirtschaft

In den bisherigen Ausführungen wurde eine gewisse, dem Begriff der "Wirtschaft" immanente Zweideutigkeit ausgeklammert und parallel über wirtschaftliche Institutionensysteme bzw. ihren Wertdual rentabel/unrentabel genauso wie über Institutionensysteme der Wissenschaft oder der Kunst und ihre Wertduale gesprochen. Wird jedoch die Wirtschaft etwas näher betrachtet, leuchtet

es sehr schnell ein, dass sie nicht ohne weiteres in die sonstigen Institutionensysteme eingefügt werden kann.

Bei der Beurteilung des Problems ist auf die Analysen von Karl Polanyi zurückzugreifen, der nach Carl Menger zwei selbständige Bedeutungen der Wirtschaft unterscheidet. Polanyi zeigt auf, dass innerhalb der durch den Begriff der "Wirtschaft" bezeichneten Zusammenhänge die *Produktion der materiellen Güter* - die in irgendeiner Form in allen Gesellschaften zu finden ist - und die Zusammenhänge der *formalen Wirtschaft* - welche nur in der nach der Logik des Warenaustausches organisierten Produktion existieren - zu unterscheiden sind (Polanyi 1969: 142-148).

Polanyi trennt diese beiden Bedeutungen der "Wirtschaft", um aufgrund seiner umfassenderen theoretischen Grundeinstellung aufzeigen zu können, welche eine vorübergehende und unbedeutende Zeitspanne die Existenz der durch die zweite Bedeutung angezeigten Zusammenhänge aus historischer Sicht darstelle. Die Zunahme der staatlichen Eingriffe der letzten Jahrzehnte in der Lebenszeit von Polanyi (New Deal usw.) deute überdies schon den Schwund der Mechanismen der formalen Wirtschaft an. Wir übernehmen die wichtige Erkenntnis von Polanyi hinsichtlich der Trennung dieser beiden Bedeutungen der Wirtschaft, führen jedoch seine Ausgangspunkte in eine völlig entgegengesetzte Richtung fort. Polanyi hat nämlich das Vordringen der Interventionen der modernen kapitalistischen Staaten in den 40er Jahren missverstanden und diese Tendenzen als das perspektivische Auflösen der Marktlogik interpretiert. Wenn auch die kapitalistischen staatlichen Eingriffe eine marktschrumpfende Wirkung hatten oder haben, zersplittert diese Intervention nicht die Orientierung des wirtschaftlichen Institutionensystems nach Rentabilität, sondern greift in die Marktprozesse mit monetären Mitteln ein und überträgt somit die Prioritäten der staatlichen Politik nur mittelbar auf die Bestimmung der sich nach dem Markt orientierenden Produktionseinheiten. Nach Erreichung eines gewissen Komplexitätsgrades wurde jedoch in den westlichen Gesellschaften in den letzten Jahrzehnten auch der staatliche Eingriff dieser Art eingeschränkt. Neben der Renaissance des Marktes bevorzugt auch das sozialpolitische Instrumentarium des Staates die nachträglich kompensierenden und korrigierenden Mittel statt der früheren direkten, die wirtschaftliche Rationalität kürzenden und aufhebenden sozialpolitischen Instrumentarien.

Die Rationalität des Marktes stirbt also - im Gegensatz zu den Annahmen von Polanyi - in den komplexen westlichen Gesellschaften nicht ab. Das für das Absterben des Marktes von Polanyi gebrachte andere Beispiel, die osteuropäischen Plandirektivensysteme haben auf der Ebene einer höheren Komplexität ebenfalls bewiesen, dass nach Erreichen eines gewissen Standes auch die Fortschreibung der Entwicklung der Produktion ohne spontane Selbstregulierung des Marktes unmöglich ist.

Viel wichtiger ist jedoch, dass die Logik der formalen Wirtschaft nicht bloß im Bereich der Produktion weiterlebt, sondern auch die im vergangenen halben Jahrhundert ein Riesenausmaß erreichende akademisch-wissenschaftliche Sphäre oder die massenhaft zunehmende Sphäre der Kunst sowie viele andere Bereiche sich teilweise ebenfalls nach der Rationalität des Marktes organisieren. Diese Ausdehnung des Marktes macht heute noch augenfälliger, dass diejenigen Erscheinungen, die von Polanyi als die per *formaler Wirtschaften* erfolgende Verdoppelung der *materiellen Wirtschaft* beschrieben werden, sich in der Tat vielmehr von einander entfernen. Es liegt auf der Hand, dass es nicht um die beiden Seiten *derselben* Sache geht.

Der Produktionsbereich wurde riesengroß und komplex in den entwickelten Gesellschaften und konnte einen gewissen Stand nur aufgrund der Rationalität des Marktes erreichen. Die sich

entwickelnde Volkswirtschaftslehre hatte durch Erarbeitung der Produktionszusammenhänge und der lange Zeit nur darauf beschränkten Zusammenhänge der Marktrationalität die Aspekte der Produktion bzw. des Marktes viel zu sehr in einem gemeinsamen semantischen Bereich zusammengefasst. Polanyi entdeckte durch seine Unterscheidungen diese Erscheinung. In der Zwischenzeit breitete sich die Rationalität des Marktes auf zahlreiche Sphären aus und hier wird die interne Komplexität der einzelnen Sphären oft durch das Zusammenwirken der Marktstrukturen und der eigenen Bewertungsmechanismen des jeweiligen professionellen Institutionensystems gesichert. Die Differenzierung bei Polanyi kann also radikalisiert werden und es kann angenommen werden, dass ein eigener Bewertungsmechanismus auch im Bereich der materiellen Produktion neben dem seitens der Volkswirtschaftslehre in den vergangenen Jahrhunderten immer präziser erarbeiteten formalen wirtschaftlichen Institutionensystem und Marktrationalität funktioniert und die Bewertung der Marktrationalität nur mit diesem Mechanismus zusammen zur Organisierung der hochkomplexen materiellen Produktion fähig ist.

Es könnte vielleicht die Hypothese aufgestellt werden, dass dieser eigene Bewertungs- und Belohnungsmechanismus der Produktion eher auf dem *Gebrauchswert* beruht und der Werbungsbereich, die Prestigunterschiede zwischen den Marken der Produkte, der Unternehmen usw. sowie ihre Neugestaltungssmechanismen die eigene Bewertung der materiellen Produktion darstellen. Im Gegensatz dazu werden die auf den *Tauschwert* aufbauenden Marktzusammenhänge in der Volkswirtschaftslehre stärker betont und die genannte eigene Bewertung des Produktionsbereiches wurde dieser formellen wirtschaftlichen Bewertung allzu stark unterworfen und nur eingengt thematisiert.

Werden die Ausführungen von Polanyi so radikalisiert, dann kann nur das *Institutionensystem der materiellen Produktion in das Institutionensystem der Wirtschaft neben der Kunst, der Bildung etc. eingefügt werden*; die Zusammenhänge und das Institutionensystem der formalen Wirtschaft organisieren sich im Vergleich dazu auf einer umfassenderen Ebene. Es scheint mir, dass die funktionale Systemtheorie zwischen den zwei Bedeutungen der Wirtschaft eine unbewusste Verschiebung durchführt. Sie bezieht sich auf die Wirtschaft in materiellen Sinne, von deren subsystemischer Differenzierung von der Politik, der Wissenschaft, der Kunst spricht, aber wenn sie beginnt, nach den inneren Zusammenhängen der modernen Wirtschaft zu forschen, geht sie zur Analyse der formalen Wirtschaft, des Institutionensystems der Marktrationalität über.

Diese Erkenntnis wirkt sich auch auf die Ebene der angewandten Grunddistinktionen aus. Wie es sich erwiesen hat, wurde neben den Systemebenen der Interaktionen, der Organisationen und der Gesellschaft im Interesse des besseren Verstehens der Organisierung der Sozialität die Systemebene der Gesellschaft in die diffus-kompakten Strukturen des Alltagslebens und in die sie überlagernden professionellen Institutionensysteme geteilt und zwischen diesen beiden Bereichen kann in einigen Fällen die Entstehung von vermittelnden-popularisierenden Sphären beobachtet werden. Will man diese Struktur weiter verfeinern, so ist jetzt die Ebene der professionellen Institutionensysteme zu zerlegen und *die Wirtschaft im formalen Sinne als ein mehrere Institutionensysteme umfassendes System* zu konzeptualisieren, welches nicht von ihnen abgesondert existiert, sondern die internen Aspekte von zahlreichen Institutionensystemen in ein einziges System zusammenfasst und mit den eigenen Bewertungsmechanismen dieser Institutionensysteme zusammenwirkend die Stabilisierung dieser großen Komplexität ermöglicht. Um die gesamtgesellschaftlichen Koordinierungssystem der Marktmechanismen mit der einfachen (Produktions)Wirtschaft nicht zu verwechseln werden sie von nun an als Marktsystem benannt.

2.3.2. Marktsystem und Politik: Die alternativen Koordinierungsmechanismen der

Gesamtgesellschaft

Nicht nur von den Marktmechanismen können die Handlungen aller Teilsysteme (parallel mit ihrer eigenen Bewertungsmechanismen aufgrund dem je bestimmten Code) organisiert werden sondern auch die Politik hat solches Potential. Genauer gesagt können die Prioritätensetzung der demokratischen Politik durch das Budget und die dazu ordneten und das fortwährend verwirklichenden Behörden als Alternative der Koordinierungsleistung der Marktmechanismen angesehen werden. Es kann Büchermarkt, Kunstmarkt, Universitätsmarkt, Zeitungsmarkt, Anwaltsmarkt, sogar die Markt der privatpolizeilichen Leistungen, der Privatgefängnisse, neuerlich die Markt der kriegerischer Leistungen durch Privatunternehmen usw. geben. Aber wenn es zu einer Wende kommt und der Vormarsch staatlicher Koordinierungsmechanismen beginnt, werden viele dieser Märkte abgeschafft und die Finanzierung bzw. die Bestimmungen der Rahmenbedingungen dieser Teilsysteme werden von zuständigen Behörden mit dem Finanzmittel des staatlichen Haushalts übernommen. Wie der Unterschied zwischen den Vereinigten Staaten und die Ländern von Europa in dieser Hinsicht zeigt, können von beiden Koordinierungsmechanismen das Funktionieren der ausdifferenzierten Teilsysteme störungsfrei gesichert werden und die eigenen Bewertungsmechanismen der Wissenschaft, des Kunstsystems, des Rechts usw. können mit beiden gesamtgesellschaftlichen Koordinierungsmechanismen zusammenarbeiten. Der einzige Ausnahme ist die (Produktions)Wirtschaft, die - wie es auch das Fiasko der sowjetischen Planwirtschaft zeigte - nach einer bestimmten Komplexität ohne Marktmechanismen nicht existieren kann. Aber das Ausdehnen der Reichweite dieser Mechanismen auf die anderen Teilsysteme oder die Zurückdrängung dieser Mechanismen ist immer die Folge gesamtgesellschaftlicher Entscheidungen.

Die Markt und die Politik können also nicht als die anderen Teilsysteme thematisiert werden und die Systemebene von „Gesellschaft“ - neben die der Interaktion und der Organisation - soll innerlich weiter zerlegt werden. Es gibt einerseits eine Zweiteilung zwischen den Strukturen des Alltagsleben und den Strukturen der professionellen Institutionensysteme und andererseits treten unter den letzteren zwei koordinierenden Teilsystemen mit gesamtgesellschaftlichen Reichweite hervor, die alle anderen ausdifferenzierten Teilsysteme parallel mit ihren eigenen Bewertungsmechanismen bestimmen können.

Mit dieser zweiten Modifizierung der Luhmannschen Kategorien kamen wir ganz nahe dem Gesellschaftskonzept von Habermas' Theorie von kommunikativen Handelns (Habermas 1981/II.:229-293) und die (modifizierte) Marktwirtschaft und die Politik auch bei uns als die zwei herausragenden Systeme erscheinen. Zwei wichtige Unterschiede gibt es noch im Vergleich zu Habermas. Einerseits sehen wir in der funktionalen Dimension der Gesellschaft keine Verzerrung mit der Entstehung der Systembildungen zustande zu kommen. Sogar denken wir mit Luhmann, dass die Gesellschaft nach dem Erreichen einer Komplexität ohne Systembildungen nicht lebensfähig ist. Andererseits bleiben hier die Wissenschaft, das Recht, der Religionsbereich, die Kunst, die Massenmedien usw. als Systeme (professionelle Institutionensysteme) thematisiert, obwohl die nähere Bestimmung dieser Systeme von der Luhmannschen Analyse abweicht (siehe ausführlicher: Pokol 2001).

Der kritische Ton gegen die Luhmannschen Gesellschaftstheorie kann nicht in der funktionalen Dimension der Gesellschaft gegeben werden. In dieser Theorie gibt es keine Analyse der *Herrschaftsdimension* der Gesellschaft, keine Analyse der inneren Kohäsion bzw. äußere Feindlichkeiten der Menschengruppen und ihre Kämpfen für die Dominierung. Ohne die Analyse dieser Dimension kann auch die der funktionalen Dimension der Gesellschaft erst halbiert angesehen werden. Mit den obigen Korrigierungen habe ich größtenteils innerhalb der

Luhmannschen funktionalen Systemtheorie der Gesellschaft geblieben aber mit der Einbeziehung der Herrschaftsdimension geht es nicht mehr um eine weitere Korrigierung sondern um eine echte Ergänzung.

3. Einbeziehung der Herrschaftsdimension der Gesellschaft in die Analyse

In den Schriften von Luhmann ist es ganz klar, dass er sich mit der inneren Kohäsion und der äußeren Feindlichkeiten der Menschengruppe bzw. mit den Kämpfen unter ihnen nicht beschäftigt. Für diesen Mangel gibt es keine explizite Erklärung in seinen Schriften und die Ursache dafür ist vielleicht ganz einfach darin zu sehen, dass die Konzipierung seiner Kategorien es nicht erlaubt. Ein konsequenter Denker kann erst sehen, was seine Kategorien für ihn erlauben und Luhmann war ganz sicher ein solcher Denker. Vereinzelt Bemerkungen dazu können nur in seiner kleineren Schriften und Interviews gefunden werden. Ausnahmsweise beschäftigt sich in seinem Lebenswerk eine ganze Studie mit dem Problem der sozialen Klassen aber sein letztes Urteil besteht darin, dass es in der funktional differenzierten Gesellschaft keine herrschende Klasse geben kann: „Man kann aber kaum von einer „herrschenden“ Klasse sprechen - schon deshalb nicht (und das mag man begrüßen oder bedauern), weil sie als Klasse nicht konfliktfähig ist. Außerdem fällt im Vergleich zu älteren Oberschichten die Möglichkeit, Erfolge durch Familienbildung zu konsolidieren und vererben, praktisch aus. Nur Individuen wird eine Klassenpersönlichkeit, eine Charaktermaske (Jean Paul) ausgeliehen, und auch dies zumeist nur für die Zeit zwischen ihrem 45. und ihrem 70. Lebensjahr“ (Luhmann 1984b:72). Und eine ähnliche Behauptung später in einem Interview mit Luhmann: „Das zweite Phänomen ist, dass es in den vorherrschenden Strukturen der Gesellschaft ohne Zweifel sozusagen „Kontaktnetze“ zwischen wissenschaftlichem Prestige, politischem Einfluss und dem Management großer organisierter Apparate gibt, also so etwas wie eine Elitenstruktur. Aber wenn man sich dieses Phänomen genauer anschaut, dann sieht man, dass es sich um Personen handelt, die eine bestimmte Prestigeposition in einem Alter zwischen 45 und 65 Jahren einnehmen, und die, da dies nur ein Viertel ihrer Lebensspanne betrifft, keine Chance haben, diese privilegierten Bedingungen an ihre Familienmitglieder weiterzugeben“ (Luhmann 1987b:5-6).

Diese Behauptung von Luhmann bezieht sich ausdrücklich nur auf die Frage einer herrschenden Klasse, aber seine umfassendere Schriften zeigen, dass die Analyse (sogar die Erwähnung!) der großen Menschengruppen und die innere Kohäsion bzw. die Feindlichkeiten dieser Gruppen gegeneinander an seiner Gedankenwelt in vollem Umfang fehlen. Aber gegen ihn lässt sich zu sagen, dass wenn man die strukturellen Gliederung der Gesellschaft in Menschengruppen im Zentrum der Beobachtung nimmt und dazu für Literatur Ausschau hält, lässt sich sofort zu behaupten, dass es große Fülle von Analysen gibt, die solche Vorbedingungen und strukturellen Zwängen zeigen, von denen ungleichmäßige Qualität der Sozialisation bzw. Chancen der Karriere für die Mitglieder der nächsten Generationen in verschiedenen Gruppen verursacht werden und die so entstandenen verschiedenen psychischen Dispositionen in den großen Menschengruppen bauen unterschiedliche Einstellungen, Wertföhlungen, und politische Neigungen auf. Diese Unterschiede werden durch die Mitglieder der nächsten Generationen immer vererbt. Das ganze Lebenswerk von Pierre Bourdieu zeigt diese Zusammenhänge (siehe z. B. Bourdieu 1987; 1989) und die ähnliche Sozialisation, ähnliche geistige Einstellungen generieren Solidarität und Kohäsion innerhalb der einzelnen Menschengruppen bzw. Feindlichkeiten außerhalb. Die durch die Solidarität zusammengeschlossenen Menschengruppen föhren fortwährend latente Kämpfe für die Kontrolle der gesellschaftlichen Machtressourcen gegeneinander und für das Abdrängen anderer Gruppen von dieser Kontrolle. In diesen Kämpfen

werden alle funktionale Leistungen der Teilsysteme als Machtressourcen einbezogen und wenn sich eine Menschengruppe über diese funktionalen Leistungen eine stärkere Kontrolle verschaffen kann, kann sie größeren Erfolg in den Kämpfen für die gesamtgesellschaftliche Dominierung erreichen. Z. B. Kommen die Massenmedien in der funktionalen Dimension nur als die Verbreiter der Informationen vor die Auge, aber in die Herrschaftsdimension gelten sie als die wichtigsten Machtquellen, und wenn eine Menschengruppe die Kontrolle der Massenmedien erreichen konnte, kann sie die politische Öffentlichkeit und die Ergebnisse der Wahlen in großem Masse kontrollieren und durch diese kann sie die Bestimmung des politischen Systems in die Hände bekommen. Und weil die politische Gesetzgebung in der Demokratie das Recht in großem Masse bestimmen kann, können die Menschengruppen mit der Kontrolle der Massenmedien auch den Rahmen anderer Teilsysteme durch das Recht beeinflussen. Also, wenn die Herrschaftsdimension der Gesellschaft neben der funktionalen Dimension in die Analyse einbezogen wird, können auch die inneren Strukturen der Teilsysteme von anderer Sichtweise (und vielleicht realitätsnäher!) analysiert werden.

In der Herrschaftsdimension kommen die Leistungen der funktionalen Teilsysteme als gesellschaftliche Machtressourcen vor Auge und die Frage taucht auf, ob ein stabiler Rangunterschied unter den verschiedenen Leistungen in Bezug auf die Sicherung der gesamtgesellschaftlichen Dominierung gibt? Es scheint, dass das Marktsystem und die mit der Markt verbundenen Mechanismen des Geldes solche Machtquellen bedeuten, von denen alle andere funktionale Leistungen bestimmt werden können, aber umgekehrt geht es nicht. Das Geld ist ein solches Mittel, das in alle andere Teilsysteme konvertiert werden kann, aber umgekehrt ist es nur beschränkt möglich. Wenn man also die in Herrschaftsdimension erfolgreichen Gruppen identifizieren möchte, dann müssen die Gruppen der Kontrolle der Geldmechanismen im Zentrum der Analyse gestellt werden.

Die Herrschaft des Geldkapitals wurde von der marxistischen Theorie in der Analyse der Herrschaftsstrukturen traditionell betont (mindestens ihre von Rudolf Hilferding entwickelten Version) und auf diese Weise kann diese Theorie bei der Korrigierung der Einseitigkeit der Luhmannschen Theorie nicht ignoriert werden. Hier kann daran erinnert werden, dass in der doppelten Bedeutung der Wirtschaft bei Polanyi die substantielle Wirtschaft (die materielle Produktion) solche Strukturen darstellt, die bei Marx die gesamtgesellschaftliche Herrschaft fundamntiert. Dagegen hat Rudolf Hilferding am Anfang der 20. Jahrhunderts schon die Herrschaft der Gruppen des Finanzkapitals anstatt der Eigentümer der Produktionsmittel herausgehoben (siehe Hilferding, 1923). Aber wenn man von der doppelten Bedeutungen der Wirtschaft die formelle Wirtschaft oder anders genannt das Marktsystem im Zentrum der Beobachtung stellt, und das Marktsystem wird als ein gesamtgesellschaftliches Koordinierungssystem thematisiert, entfaltet sich die Einsicht von Hilferding in vollem Umfang. Denn können von den dominanten Gruppen des Finanzkapitals alle Teilsysteme und ihre Leistungen (=Machtquellen) unter Kontrolle gebracht werden, und wo ist man mit diesem gedanklichen Schritt schon von der Herrschaftsposition der Produktionsmitteleigentümer!

Also soll die neueren Versionen der marxistischen Theorie untersucht werden, um zusammengetragene Informationen über die Herrschaftstechniken- und Mechanismen der Gruppen des Finanzkapitals zu finden, war meine Idee in den letzteren Jahren während meiner Bestrebungen für die Eliminierung der Einseitigkeit der funktionalen Systemtheorie. Die Forschungen in dieser Richtung nicht eingehend dazulegen, muss herausgehoben werden, dass viele Theorien und Beschreibungen, die in den heutigen geistigen Leben als neo-marxistisch oder mindestens halb-marxistisch gelten, können zur Lokalisierung der Herrschaftsgruppen und ihre Herrschaftsmechanismen nicht genutzt werden. Denn treten anstatt der ausführlichen Schilderung

der Herrschaftsmechanismen meistens die Darlegungen des Elends der unteren Gesellschaftsschichten und die Forderung der größeren sozialpolitischen Empfindlichkeit in dem Zentrum der Beschreibung der Theoretiker von Marx'schen Prägung. Oder wenn doch die Analyse der Verhältnisse unter den Herrschaftsgruppen beibehalten wird, wird sie nur durch abstrakten Behauptungen gemacht und die Herrschaftstechniken der konkreten Menschengruppen, sogar die Lokalisierung dieser Menschengruppen als Träger der Herrschaft fallen der Analyse heraus. William Domhoff, der Nachfolger der Forschungen von Wright Mills über die Herrschaftseliten, der die konkreten Herrschaftsgruppen und die empirischen Informationen über die Herrschaftstechniken dieser Gruppen in dem Vereinigten Staaten auch noch heute dauernd analysiert, schreibt mit Bitterkeit über die Attacke, die gegen ihre Analysen errichtet wurde, als die ‚primitive Personalisierung‘ der Herrschaftstechniken (siehe Domhoff 1990:23-24). Weitergehend tauchen die Weltsystemanalyse von Immanuel Wallerstein und von Verfassern seiner theoretischen Richtung auf. Sie haben die Herrschaftsdimension der Gesellschaften während der letzten Jahrzehnten stark betont, aber der Schwerpunkt ihrer Analyse akzentuiert die Herrschaftsverhältnisse zwischen dem Zentrum und Peripherie und die Machtkämpfe unter der Herrschaftsgruppen der Länder des Zentrums und die Verschiebungen der Herrschaftspositionen unter ihnen fallen größtenteils aus (siehe für diese Kritik Ross 1995; und McMichael 1995)

Es scheint, dass von den vielen theoretischen Richtungen von Marx'schen Prägung die Analysen der neogramscianistischen geistigen Gruppe am geeignetsten ist, um große Menge angehäufter Informationen über die Machtkämpfe der transatlantischen Herrschaftsgruppen und die Wandlungen ihrer Positionen finden zu können. (Siehe für diese Richtung: Bieler/Morton 2001). Besonders können die Schriften von Kees van der Pijl über die Geschichte der Formierung einer transatlantischen herrschenden Klasse und die Kämpfe der einzelnen inneren Gruppen des Geldkapitals zu diesem Zweck benutzt werden (Pijl 1984; 1998; 2001; diese Analysen weiterführend Robinson/Harris 2000, Carroll/Carson 2003), aber die monumentale Monographie von Carroll Quigley kann auch viele Informationen über diese Machtkämpfe geben (Quigley 1966).

Ein wichtiger Unterschied der neogramscianistischen theoretischen Richtung von der herkömmlichen marxistischen Theorie ist die Betonung der Dominierung über die geistigen Positionen neben der Herrschaftsposition des Kapitals in der Produktion und die Schilderung der Rolle der „organischen Intelligenz“ in dem Erwerb und der Beibehaltung der gesellschaftlichen Herrschaft (Bieler/Morton 2001:4-15). Auf diese Weise können mit Hilfe dieser Theorie die Herrschaftsverhältnisse der geistigen Sektoren der funktional differenzierten Gesellschaften und die Kämpfe der kapitalistischen Gruppe für die Herrschaft über die geistigen Teilsysteme besser verstanden werden. Diese Theorie hat gute Anschlussfähigkeit der von uns korrigierten Version der funktionalen Systemtheorie, weil sie im Zentrum der Analyse die Umwandlung des Keynes'schen Kapitalismus zum monetären Kapitalismus stellt, und auf diese Weise kann diese Umwandlung systemtheoretisch als Verschiebung der gesamtgesellschaftlichen Koordinierung von durch demokratischen Staat verwirklichter Führung zur Integration des vollendeten Marktsystems dargestellt werden. Aufgrund der angehäuften Materialien der neogramscianistischen Richtung und weiterer Beschreibungen über die politischen Planungsorgane der Gruppen des globalen Kapitals, über die Netzwerke der halbwissenschaftlichen, halbpolitischen „think-tanks“ (z. B. Mont Pelerin Society, Trilaterale Kommission etc.) können das Funktionieren der Wissenschaft und der Politik realitätsnäher als die einseitige funktionale Analyse dargestellt werden (siehe Gill 1991). Aber ganz sicher konnte die funktionale Systemtheorie von Luhmann solche Einsichten in die sozialen Organisation entdecken, die in den Theorien der Herrschaftsdimension der Gesellschaft nicht herausgehoben werden. Die Korrigierungen der Luhmann'schen Theorie und die Einbeziehung der Analysen von Neo-Gramscianern und anderer Theoretiker der Herrschaftsdimension der Gesellschaft könnten

sich nach einer längeren Forschungsarbeit in einer Theorie der doppelten Gesellschaftsstrukturen vollenden.

Literatur

- Bieler, Andreas/ A. D.Morton (eds.)(2001): Social Forces in the Making of the New Europe. Palgrave. Hampshire. 2001.
- Bourdieu, Pierre (1980): Sozialer Sinn. Kritik der theoretischen Vernunft. Suhrkamp. Frankfurt am Main.
- Bourdieu, Pierre (1980): Die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft. Suhrkamp. Frankfurt am Main.
- Carroll, William K./Colin Carson (2003): Forging a New Hegemony? The Role of Transnational Policy Groups in the Network and Discourses of Global Corporate Governance. In: Journal of World-Systems Research. IX, 1. Winter 2003, 67-102.
- Domhoff, William G. (1990): The Power Elite and the State. How Policy is Made in America. Aldine de Gruyter. New York.
- Gill, Stephen (1991): American Hegemony and the Trilateral Commission. Cambridge University Press. New York
- Habermas, Jürgen (1981): Theorie des kommunikativen Handelns. (Zwei Bände). Suhrkamp. Frankfurt am Main.
- Hilferding, Rudolf (1923): Das Finanzkapital. Eine Studie über die jüngste Entwicklung des Kapitalismus. Verlag der Wiener Volksbuchhandlung. Wien.
- Luhmann, Niklas (1970): Wirtschaft als soziales System. In: ders.: Soziologische Aufklärung Band 1. Westdeutscher Verlag Opladen 204-231.
- Luhmann, Niklas (1970): Selbststeuerung der Wissenschaft. In: ders.: Soziologische Aufklärung Band 1. Westdeutscher Verlag Opladen 232-252.
- Luhmann, Niklas (1981): Ausdifferenzierung des Rechts. Suhrkamp. Frankfurt am Main.
- Luhmann, Niklas (1984): Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie. Suhrkamp. Frankfurt am Main.
- Luhmann, Niklas (1984b): Zum Begriff der Sozialen Klasse. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 1984.
- Luhmann, Niklas (1986): Die Codierung des Rechtssystems. Rechtstheorie 17: 171-203.
- Luhmann, Niklas (1987): Die Zukunft der Demokratie In: ders.: Soziologische Aufklärung. Band 4. S. 126-133. Westdeutscher Verlag Opladen
- Luhmann, Niklas (1987b): Archimedes und wir. Merve Verlag. Berlin.
- Luhmann, Niklas (1989): Ethik als Reflexionstheorie der Moral. In: ders: Gesellschaftsstruktur und Semantik. Band 3. S. 358-447. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Luhmann, Niklas (1990): Paradigm lost: Über die ethische Reflexion der Moral. Suhrkamp. Frankfurt am Main, 1990.
- Luhmann, Niklas (2000): Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn der Analyse des Rechts. In: Zeitschrift für Rechtssoziologie (21) Heft. 1. S. 189-215. (Herausgegeben von Günther Teubner).
- McMichael, Philip (1995): The New Colonialism: Global Regulation and the Restructuring of the Interstate System. In: Smith, D. A./Böröcz J. (ed.): A New World Order? Global Transformation in the Late Twentieth Century. Greenwood
- Neidhard, F., 1979: Das innere System sozialer Gruppen. Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 31:639-660.

- Pijl, van der Kees (1984): *The Making an Atlantic Ruling Class*. London: Verso.
- Pijl, Kees van der: *Transnational Classes and International Relations*. Routledge. London and New York. 1998
- Pijl, van der Kees (2001): *What Happened to the European Option for Eastern Europe?* In: Bieler, Andreas/ A. D.Morton (eds.)(2001): *Social Forces in the Making of the New Europe*. Palgrave. Hampshire. 2001. 185-206.p.
- Pokol, Béla (1990): "Professionelle Institutionensysteme oder Teilsysteme der Gesellschaft? Reformulierungsvorschläge zu Niklas Luhmanns Systemtypologie", in: *Zeitschrift für Soziologie* S. 329-344.
- Pokol, Béla (2001): *Komplexe Gesellschaft. Eine der möglichen Luhmannschen Soziologien*. (Zweite, erweiterte Ausgabe). Logos Verlag Berlin. Berlin.
- Polanyi, K. (1969): *The Economy as Instituted Process*. S. 139-175 in: ders. *Primitive, Archaic and Modern Economies*. Boston: Beacon Press.
- Quigley, Carroll (1966): *Tragedy and Hope: A History of the World in Our Time*. Macmillan Press. New York.
- Robinson, W. I./ J. Harris (2000): *Towards a Global Ruling Class?: Globalization and the Transnational Capitalist Class*. In: *The Journal Science and Society*. Vol. 64. No 1. 2000. 11-54.p.
- Ross, Robert J. S. (1995): *The Theory of Global Capitalism: State Theory and Variants of Capitalism on the World Scale*. In: Smith, D. A. /Böröcz J. (ed.): *A New World Order? Global Transformation in the Late Twentieth Century*. Greenwood Press. Westport, Connecticut, London.19-36. p.
- Stichweh, Rudolf (1988): *Inklusion in Funktionssysteme der modernen Gesellschaft*. S. 261-295. In: R. Mayntz (Hrsg): *Differenzierung und Verselbständigung* Frankfurt/New York: Campus.
- Tyrell, H., 1983: *Zwischen Interaktion und Organisation: Gruppe als Systemtyp*. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 25: 75-87, 362-390*.

Zusammenfassung: Drei Grundthesen von Niklas Luhmanns Theorie der funktionalen Ausdifferenzierung werden analysiert. Es wird gezeigt, daß die Grenzen gesellschaftlichen Teilsysteme auf die professionelle Komponente eingeengt werden sollten. In der Studie wird diese Möglichkeit durchgedacht und es wird behauptet, daß sich der Einbau der Kategorie des "Alltagslebens" in die Luhmannsche Theorie neben professionellen Institutionensystemen und die Zweiteilung der Systemebene der Gesellschaft auf diese Weise als unvermeidbar erweisen. Mit dieser Korrigierung kann die Analyse der Moral in der funktional differenzierten Gesellschaft abweichend von Luhmann beantwortet werden und ihren Platz in dem Alltagsleben gefunden werden. Eine weitere Korrigierung bedeutet die Heraushebung zweier Teilsysteme aufgrund ihrem gesamtgesellschaftlichen Koordinierungspotential und auf diese Weise kommt eine Asymetrisierung der Teilsysteme zustande. Schließlich wird die Herrschaftsdimension der Gesellschaft neben der funktionalen Sichtweise der Luhmannschen Theorie in die Analyse einbezogen.

*Siehe als gekürzte Internet-Vorlesung http://www.youtube.com/watch?v=TLnqQB_TMQUI bzw. <http://youtube.com/watch?v=qtM4LoBtyw>

Some Modifications on the Functional System Theory of Niklas Luhmann Resume

Three basic concepts of the system theory of Niklas Luhmann are outlined and as a conclusion it is demonstrated that the structural differentiations of subsystems of society have to be reduced to the level of the systems of professional institutions. After this theoretical change the need for the the category of „every day life“ was shown and the conceptual differentiation of society into professional subsystems and every day life was analyzed. With these modifications the role of the morality in the functional differentiated society was given different from the point of view of Luhmann and its place could be found in the structures of every day life. Another modification means the isolation of two subsystems on the ground of their coordination potential of the society and as a consequence the conceptual setting up of asymmetry of social subsystems. At the end the lack of the ruling dimension of the society in the functional system theory of Luhmann is emphasized and the possibility of inclusion of this dimension into this theory is outlined.

Rothermel Dániel
Bócz Endre–Finszter Géza: Kriminalisztika joghallgatóknak
(Budapest, Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, 2008.)

Bócz Endre és Finszter Géza „Kriminalisztika Joghallgatóknak” című könyve az első olyan munka, amely kriminalisztika tárgykörben kifejezetten joghallgatóknak készült. A huszonegy fejezetre tagolt tansegédlet a kriminalisztika, mint fogalom tisztázását követően a bizonyítástól a rendészeti hírszerzés és felderítésig számos témakört feldolgoz, s jól áttekinthetően, logikusan szerkesztett formában nyújt képet a kriminalisztika tudományról közérthetően, nem csak joghallgatók érdeklődésére méltán számot tartva.

Terjedelmi korlátok miatt nem célja a könyvismertetőnek ehelyütt a fejezetek részletes bemutatása, inkább rövid áttekintést nyújt azok tartalmáról. A kriminalisztika történetének felvázolását követően a könyv álláspontot foglal arról, hogy mivel foglalkozik a kriminalisztika: az egyedi történés rekonstruktív megismerése során hogyan célszerű eljárni ahhoz, hogy eredményesen szerezzük meg a kívánt ismereteket.

Ezt követően a szerzők definiálják a bizonyítást, említést tesznek a ténybizonyításról, a bizonyító erőről, valamint a szakértői bizonyítás elvi alapjáról, továbbá a bizonyítási feladat fontosságáról. Bemutatják a törvényi és a történeti tényállást, valamint a nyomozati vizsgálat tárgyát. A következő fejezet a kriminalisztikai megismerés és gondolkodás sajátosságait ismerteti, tisztázva a fogalmakat, módszereket és jellemzőket, valamint a megismerési folyamatok fázisait.

A továbbiakban bemutatásra kerül a három fő kriminalisztikai elmélet: a bizonyítás-, a nyom- és az azonosításelmélet. Megismerhetjük a tárgykörhöz kapcsolódó fogalmakat és folyamatokat. Az ötödik fejezet részletesen ismerteti a nyomot és az anyagmaradványt, és ezek bizonyítás során játszott szerepét. Ezt követően számos példán keresztül kerül bemutatásra a köznapi ismeret és a szaktudás, illetve ezek szerepe a bizonyítás során, kitérve a szakértői bizonyításra és véleményre.

A szakértői bizonyítás elméleti problematikáját bemutatva megismerjük a szakértői vizsgálati módszerek kérdéskörét, majd az azonosítás alapjairól és fogalmairól kapunk képet. A könyv részletesen tárgyalja a kutatást és annak alkalmazását a kriminalisztikában. Nagy hangsúlyt helyez a házkutatás bemutatására, rámutatva a helyszíni szemle eljárásjogi és kriminalisztikai értelmezésére, valamint a helyszín szemléje és a házkutatás közötti viszony kérdésére. Továbbá kitér az informatikai fejlődés házkutatásra gyakorolt hatására. Ezt követően a nyomozást, mint szervezett tevékenységet mutatja be a büntetőeljárásban, tisztázva a következő fogalmakat: nyomozó hatóság, nyomozó szerv, hatáskör, illetékesség, bűnüldözési szervezet, közös nyomozócsoport létjogosultsága; végül a bűnüldözési stratégia céljai és eszközei.

A nyomozás során keletkezett iratok bemutatása következik, ismertetve a jegyzőkönyvet, annak típusait és jelentőségét. Külön szakasz foglalkozik a bűnügyi fényképezés kérdéskörével, olvashatunk annak területeiről, felhasználásról, fogalmáról, céljáról. A kriminalisztikai fényképfelvételek fajtái mellett annak módszereiről is áttekintést nyújt az alfejezet. Összehasonlításra kerül a videofelvétel és a fénykép készítése, ezek jelentősége és szükségessége. A nyomok egy különleges típusát képezik a pszichikus nyomok, amelyekkel kapcsolatban bemutatják a szerzők az egyéni ismeretek megszerzésének fázisait: az érzékelést (ennek típusait, sajátosságait) és az élmény átélése által eredményezett pszichikai képződmények hordozóját, a memóriát. Itt kitérnek a memória szegmenseire, az emlékezéssel kapcsolatos jelenségekre, mint például represszió, interferencia, érzékcsalódás.

A nyomozás során végzett kihallgatás különféle formáit ismerteti a következő fejezet. Tárgyalja a kihallgatás körülményeit, különös tekintettel a helyszínre, a kihallgatóval szemben támasztott követelményekre (megjelenés, kihallgatott kezelése, kihallgatásra való felkészülés), majd rátér a kihallgatás szakaszaira: formalitások, tárgy megjelölése, összefüggő elbeszélés, kérdések, a vallomás logikai ellenőrzése, bemutatva ezek jellemzőit, adott esetben csoportosítását, végül szót ejt a kihallgatási jegyzőkönyvről.

Mindezek után megismerhetjük a kihallgatástaktikai módszereket, amelyek az igaz vallomás megszerzésére irányulnak. Ennek kapcsán szóba kerül a kérdések milyensége és szerepe, majd bemutatásra kerülnek a konfliktusos kihallgatási helyzetben alkalmazandó taktikák, mint például a lerohanás, az információkkal való manőverezés, a bizonyítékok fokozatos feltárása, legendák megengedése, stb. A következő fejezet a bírósági kihallgatást mutatja be, rámutatva a nyomozati kihallgatás jellemzőitől való eltérésekre, tárgyalva a kihallgatás kereteit, tárgyát, célját, stratégiáit, minőségi sajátosságait és folyamatát. Bemutatja a tanács elnökének, a vádlónak és a védőnek a szerepét és feladatait. A vallomások ellenőrzése során szükséges a már ismert adatok szembesítése az elhangzó vallomással, említést tesz a könyv arról, hogy sor kerülhet helyszíni kihallgatásra, majd bemutatja a bizonyítási kísérletet, annak fő ismérveit, változatait és folyamatát. Végül említést tesz a poligráfós vizsgálat szerepéről.

A könyv soron következő fejezetében a tényállásszerkesztéssel és a bizonyítékok értékelésével találkozunk. Itt kitér a bizonyítékok értékelésére, mint műveletsorra, továbbá a hiteltérdemlőségre, az alkalmazásra váró jogszabály kiválasztására. Bemutatja a kriminalisztika szerepét a tényállásszerkesztésnél, kitér a vádiratszerkesztés és az ítélelhozatal (illetőleg az ítéletszerkesztés) közti különbségre. Vákolja az ügyész szerepét, külön alfejezetet szentel a vád meghatározó szerepének a tárgyalás kereteinek vonatkozásban., majd a vád elemeit vizsgálja, és azt modellszerűen tárja az olvasó elé. A szerző kiemeli a vádbeszéd különös jelentőségét, ismerteti annak törvényi kereteit. Ezt követően tisztázza, hogy mi a perbeszéd, mi a rendeltetése, kinek szól, minek az érdekében, nem utolsó sorban a perbeszéd közös sajátosságait, így különösen: terjedelme, felépítése, hangvételt illetően. A tényállás és a bizonyítási anyag értékelésnek számos összekapcsolási lehetőségeit mutatja be.

A könyv körözést, üldözést, elfogatást tárgyaló fejezetében felsorolásra kerül, hogy a körözésben mely személyek, tárgyak lehetnek keresettek. Találkozunk a körözés szempontjából a bűncselekmények elkövetőinek két válfajával, úgymint az ismeretlen helyen tartózkodó terhelttel és az ismeretlen tettessel. Megtudjuk ebből a fejezetből, hogy körözési szempontból ki a terhelt, valamint ismeretlen tettes, továbbá a nem kriminalisztikai célú személykörözésekbe is bepillantást nyerünk. Megismerjük az ún. személyazonosító körözés kategóriáját, felsorolásra kerülnek az azonosításra alkalmas adatok mind a személyek, mind a tárgyak vonatkozásában. A fejezet szól az üldözésről, mint nyomozási tevékenységről, az üldözött személy egzisztenciális, megélhetési körülményeiről, személyes tulajdonságairól, szokásairól, a nyomon üldözésről, a forrányomos felderítésről, az elfogásról, mint rendészeti kényszerintézkedésről.

Ezt követően a személyi szabadság elvonásának és korlátozásának indítványozásához mellékelendő bizonyítékok két csoportját különbözteti meg, majd kitér a megalapozott gyanú és a megalapozott felvetés fogalmaira. Külön alfejezet foglalkozik a kényszerintézkedések különös feltételeivel, mint például a szökés, bizonyítás megghiúsítása, bizonyító eszközök esetleges manipulálása, újabb bűncselekmény megakadályozása.

A kriminológia definíciója után ismerteti a kriminálpolitika fogalmát, területeit, alkotmányos alapelveit. Ezeket keresztül szól hosszabban a legalitás–opportunitás vitájáról. Ezt követően a közrend és a közbiztonság fogalmát tisztázva, elemzi az Emberi Jogok Európai Egyezményének idevágó passzusait. A biztonság fogalmának és aspektusainak részletes ismertetése után kitér a bűnüldöző hatóságok együttesére, részletezve a rendészeti és bűnügyi

felderítés közötti különbséget. Rövid áttekintést nyújt a rendőrség kialakulásának történetére, majd bemutatja a szervezetek rendészeti funkciók alapján történő kategóriáit. Külön alfejezet foglalkozik a rendészet fogalmával, jogával, eljárásjogával és a rendőrségi modellekkel. A rendészet társadalmi szerepének áttekintése után bemutatja a könyv a rendészeti hatalom forrásait, a rendészet kapcsolatát a politikai hatalommal, továbbá szót ejt a korszerű rendvédelem követelményeiről, végül tisztázza, hogy melyek a magyar rendvédelmi szervek. A rendészeti stratégiáról szólva ismerteti az anyag a rendészeti funkciókat, a rendészeti stratégia célkitűzéseit, megemlíti a bűnözési térképet, elemzi a korábbi bűnözési prognózisokat és a kriminalitás alakulását. Szót ejt a civil- és a rendészeti igazgatás egymáshoz közelítéséről, a rendvédelmi szervek társadalmi kapcsolatainak és a prevenció fontosságáról.

A huszadik fejezet a bűnügyi adatkezelés történetének bemutatásával kezdődik, majd részletesen tárgyalja az adatgyűjtéssel és adatkezeléssel kapcsolatos tudnivalókat, ezután a bűnügyi nyilvántartás fogalmával és céljával ismerteti meg az olvasót. A szervezett bűnözés elleni koordinációs központ feladatainak leírását követően a bűnügyi nyilvántartás funkcióiról és ennek kapcsán a kriminalisztikai nyilvántartásról, annak típusairól írnak a szerzők. A fejezet végét a nemzetközi együttműködés (Europol, SIS) kereteinek és formáinak szentelik.

A könyv a rendészeti hírszerzés és felderítés ismertetésével zárul. Bemutatja a titkos információgyűjtést és a titkos adatszerzést, kitérve ezek céljára, tárgyára, alanyára, feltételeire és folyamatára.

Szabó Miklós

Una dogmatica iuris?*

Hozzászólásom valóban nem kíván több lenni, mint hozzászólás egy, a szervezők által kijelölt téma körül folyó diskurzushoz. Nem gondolom, hogy büntetőjogi felkészültségem megengedné, hogy beleártsam magam e tudomány belső vitáiba. A pálya széléről figyelve az izgalmas játékot, engedtessek meg mégis, hogy a felbukkanó kérdéseket saját szűkebb területem: a jogelmélet vagy dogmatika-elmélet számára gondoljam tovább — kockáztatva azt is, hogy ennek során túlhaladott vagy tarthatatlan megállapításokat teszek a büntetőjogot illetően.

1.

A büntetőjogi dogmatika egyes, sarkalatos kérdéseinek felvetése alkalmat teremt arra is, hogy egyet „hátralépjünk”, s kísérletet tegyünk a jogdogmatikával kapcsolatos egyes beidegződések árnyalására. Ezek tételszerűen a következőkben foglalhatók össze:

1. a jogdogmatika azonos a modern (XIX. századi s azutáni) dogmatikával,
2. a jogdogmatika azonos a jogági (és jogintézményi) dogmatikával,
3. a jogági dogmatikák autarch jellegűek és párhuzamos utakon járnak.

Ezek mint állítások „igazolhatók” *petitio principii*-vel, azaz körkörös érveléssel — vagyis ha olyan dogmatika-fogalmat választunk, amely éppen ezen állításokból áll vagy ezeket előfeltételezi; s éppen ez jellemzi bevett dogmatika-felfogásunkat. De meg lehet közelíteni a jogdogmatika *funkciója* felől is, azt kérdezve, hogy amire a jogdogmatika *való*, az véget ér-e ott, ahol a modern szegregált jogágak végződnek. A címbeli kérdés így valóban három kérdés: az egyik az, hogy egyetlen — „a” — dogmatika-fogalommal kell-e beérnünk, vagy több, *alternatív* fogalom is lehetséges; a másik az, hogy — ha igen, több is lehetséges, akkor — kizárt-e a ma számunkra magától értetődőnek tűnő jogági dogmatikánál magasabb szintű jogdogmatika, vagyis egy *jogrendszer* „egységes” jogdogmatikája; a harmadik kérdés pedig az, hogy lehetséges-e a jogrendszerek fölötti szinten is megragadható, általános jogdogmatika.

A funkcionális megközelítésre meg-megújulón magam is kísérletet tettem, nagyjából arra a következtetésre jutva, hogy a jogdogmatika a jogtudományra (*sensu largo* jogelméletre) támaszkodva „*interface*”-ként közvetít az elmélet és a gyakorlat, vagyis az autoritativ általános jogi (norma)szövegek és a konkrét eset tényei és kérdései között a nehéz esetekben, azaz ott, ahol a normaszövegek („törvényi tényállások”) és a tények („történeti tényállások”) nem feleltethetők meg közvetlenül egymásnak. Dogmatikára (s így jogdogmatikára) azért van szükség kapaszkodóként a gyakorlati tudás (*prudencia*)

* Ez az írás csak első, vázlatos, „gyorsközlésre” szánt változata a szegedi büntetőjogelméleti–jogfilozófiai konferencián 2008. november 6-án elhangzott előadásnak, amely — a szerző szándékai szerint — további kimunkálásra vár.

világában — szemben az elméleti tudásával (*scientia*) —, mert a bizonyosság (az „igazság”) elérhetetlen, miközben a cselekvés (a döntés) megkerülhetetlen. Az igazság hiányában csak vélekedés erejű állítások tehetők, s a dogmatika eszközrendszere éppen ezek alátámasztásához és igazolásához kínál eszközöket.¹

Ugyanígy érveltem már amellet is — meglehetősen éles kritikát váltva ki —, hogy ez a „dogmatikai alaphelyzet” *magának* a jognak és a jogászatnak a velejárója, s ezért (bárhogyan is definiáljuk azt) ahol jog van, ott jogdogmatika is van. Vagyis mind szinkronikusan, mind diakronikusan kiterjesztve kereshetjük a jogdogmatika belső összefüggéseit. Bár kritikásaim szerint ez a jogdogmatika terepének megengedhetetlen kiterjesztésével jár, a törekvés nem idegen a büntetőjog-tudománytól sem.² Ennek már következménye, hogy felfogásom szerint az antikvitásban is jogosult lehet a ‘jogdogmatika’ szó és fogalom használata — természetesen amennyire más volt az antik jog (tegyük fel, volt ilyen), mint a modern, annyira különbözött a dogmatikája is a modernekétől. Ez a tétel azonban (amely a fenti 1. állítás tagadása) nem tárgya, csupán kiindulópontja a jelenlegi okfejtésnek.

2.

Pólay Elemér a praetor iurisdictionját vizsgálva rögzíti, hogy amellet, hogy a közigazgatás Rómában nem választható el a bíraskodástól „...a római büntetőjog által ismert bűncselekmények jelentős csoportja is telítve van magánjogi vonatkozásokkal, miért is a római büntetőjog és magánjog között sem lehet sok esetben elhatárolásokat tenni úgy, mint a modern jogrendszerben”.³ E megállapításból kétféle következtetés vonható le: 1. a római jog ún. „fejletlenségének” szimptomája az (is), hogy a jogági elkülönülés és ezek dogmatikai letisztulása még nem ment végbe; ez éppen a modernitás eredménye lesz; de az is, hogy 2. a jogági (s azon belül a jogdogmatikai) elkülönülés nem a jog természetéből fakad, s lehetséges, hogy a korunkat jellemző éles jogági fragmentáltság éppen a jog aberációjának szimptomája.

A jog által orvoslandó *sérelem* kategóriáján belül Rómában nem válik külön annyira élesen a büntetőjogi úton (büntetéssel) és a magánjogi úton (kártérítéssel) orvoslandó sérelem,⁴ mint amennyire a „közületnek” és a „magánosnak” okozott sérelem. A köznek

¹ Legutóbb pl. Szabó M.: *Ars iuris. A jogdogmatika alapjai*. Miskolc: Bíbor, 2005; főleg a 2. Fejezetben.

² Amennyiben az alapvető elvekre és struktúrákra gondolunk, mégis jó okunk van feltételezni, hogy a nemzeti különbségek inkább véletlenszerűek, mintsem lényegiek, s ezért fennáll a remény egy közös — mint-hogy univerzális — alap megtalálására. Mint ahogy a bűncselekmény német fogalma nem annyira »terméke«, mint amennyire »előállítója« a jelenlegi állami jognak, más jogrendszerekben ugyanúgy elsősorban a büntető jogtudomány dolga, hogy a lényeginek és a véletlenszerűnek az elhatárolásával, s az általánosnak a specifikusból való kibontásával előkészítse a terepet a törvényhozási teljesítmény számára.” A. Eser: ‘Justification and Excuse. A Key Issue in the Concept of Crime.’ In uő (Hrsg.): *Rechtfertigung und Entschuldigung: rechtsvergleichende Perspektiven*. Bd. 1. Freiburg: Max-Planck-Institut, 1987, 36. o. De továbbmenve mint gondoljunk a tulajdon, az adásvétel, a házasság stb. stb. intézményének univerzális vs. nemzeti jellegéről?

³ Pólay E.: *A praetor szerepe a római magánjog fejlődésében*. Miskolc, 1944, 30. o.

⁴ Az eljárást tekintve különült el a *iudicium privatum* és a *iudicium populi* (a köztársaság népgyűlései előtt), illetve *iudicium publicum* (a késő köztársaság és kora császárság *questiones perpetuae* — állandó bizottságok — előtt). Juszteniánusz Intitúciói szerint (I.4.18.1.) az utóbbiak azért voltak „köz”-eljárások, mert a közösség bármely tagja megindíthatta őket. Ez a lehetőség ugyanakkor olyan kvázi-deliktális magánsérelem esetében is fennállt, mint az ablakon kidobott dolgokkal okozott kár.

okozott sérelmet a köz üldözi — ezek a közbűncselekmények (*crimina publica*).⁵ A keveredés a magánosnak okozott sérelmek körében mutatkozik, ahol az állam által üldözött *crimen* (hazaárulás, gyilkosság, gyújtogatás) mellett a XII táblás törvényben is a „magánjogi bűncselekmények” (*delicta privata*) körét (becsületsértés, lopás, rongálás) látjuk. A magán-üldözöttség („magánvád”) mellett e kör magánjogiassága abban mutatkozik meg, hogy a szankció nem *büntetés*, hanem a sértettnek járó *kártérítés*; következőképpen a sérelemből *kötelmi igény* keletkezett, s *polgári bíróság* járt el. Ez a „magánjogiság” fennmaradt a iustinianusi időkig.⁶

A „köz” nevében való fellépésre való jogosultság (vagyis az „állami” teljhatalom gyakorlása) az *imperium*. Ennek (pl. a katonai mellett) egyik megnyilvánulási formája a jogszolgáltatás (*iurisdictio*), amely lehetett büntető, magánjogi és közjogi jellegű. *Magánjogi iurisdictio* alá tartozott „két magános mindennemű vitás ügyének eldöntése”,⁷ tehát a magánjogi deliktumoké is. A *közigazgatási iurisdictio* a tisztségviselők működésének ellenőrzésére irányult, a joghátrány és az eljárás azonban a magánjogéhoz közelít: az állam (az *imperiumot* gyakorló magistratus) a vétkes hivatalnokkal szemben „olyan helyzetbe kerül, mint a végrehajtó a végrehajtást szenvedővel, [...] mint a jogerősen megítélt követelés jogosítottja adósa irányában, s ehhez képest a közigazgatási törvénykezés eljárási rendje is azonos a polgári peres eljárásával.”⁸ A *büntetőjogi iurisdictio* a büntetőhatalom gyakorlása, alapja pedig a *ius coercendi*, vagyis a kényszerítés joga a közösséget ért jog-sérelem okán.

Úgy tűnik azonban, ez a jogági–jogdogmatikai keveredés távolról sem a múlté. Nézzünk egy példát a tisztán magánjogi, s egyet a közjogi(as) keveredésre a mai magyar jogból — mindkettő az amerikai *punitive damages* (büntető kártérítés) egy-egy változata.

A közalkalmazottak jogállásáról szóló 1992. évi XXXIII. tv. mint *lex specialis* — bár címében szerepel a ‘köz-’ jelző — egy speciális munkajogviszony (tehát alapvetően egy magánjogi viszony) szabályainak foglalata. Ha jogágilag a munkajoggal együtt a vegyes szakjogok közé is sorolhatjuk, a közalkalmazott védelme közvetlenül a magánérdek, s nem — csupán közvetetten — a közérdek védelmét jelenti. Ahhoz a tényálláshoz, hogy a munkáltató a közalkalmazott közalkalmazotti jogviszonyát jogellenesen szüntette meg, a törvény 34. §-a két, konjunktívan alkalmazandó jogkövetkezményt (szankciót) rendel.

A (6) bek. tisztán *kártérítési* jogkövetkezményt ír elő: „A közalkalmazotti jogviszony jogellenes megszüntetése esetén meg kell téríteni a közalkalmazott elmaradt munkabérért (egyéb járandóságait) és felmerült kárát.” Nyilvánvalóan e törvényhely a kártérítés általános szabályait hívja fel, tehát a magánjog (polgári jog) terrénumához tartozik.

A (4) bek. azonban ezen túlmegegy: „Ha a közalkalmazott nem kéri vagy a munkáltató kérelmére a bíróság mellőzi a közalkalmazott eredeti munkakörbe történő visszahelyezését, a bíróság a munkáltatót — az eset összes körülményeinek, így különösen a jogsértés

⁵ A „magánsérelem” és a „közsérelem” keveredhet is, mint a főmagistratus akadályozása vagy megsértése hivatali hatalmának gyakorlása során, mely esetben a praetor mint sértett, egyben mint az *imperium* birtokosa lépett fel. Pólay E.: *i.m.* 33. o.

⁶ *Uo.* 31. o.

⁷ *Uo.* 35. o.

⁸ *Uo.* 56. o.

és annak következményei súlyának mérlegelésével — a közalkalmazott legalább két, legfeljebb tizenkét havi átlagkeresetének megfelelő *összeg* (sic!) megfizetésére kötelezi.” E szankció már kétségkívül megtorló jellegű. Erre utal egyrészt az, hogy a kártérítésen felül kell alkalmazni, másrészt az, hogy az okozott sérelemhez igazítva („tettarányosan”) kell megállapítani; ugyanennek *ellene* szól viszont az, hogy a büntetés (?) nem a köznek (államnak), hanem a magánosnak (a közalkalmazottnak) jár. Világos, hogy itt a magánjogi deliktum egyik esetéről van szó.

Közjogias színezetű magánjogi konstrukciót képez a „parkolási bírság” büntető jellege. A tiltott helyen parkolás szabálysértési alakzatai tisztán büntető jellegűek: szabálysértés (kihágás) elkövetésének következménye az állam javára befizetett (kikényszerített) bírság (vagy átváltoztatás következményeként elzárás). A fizetős parkolóban (pl. parkolóházban) történő várakozás is tiszta képlet: szolgáltatás-arányos ellenértéket kikötő magánjogi szerződés. Köztes helyet foglal el azonban a közterületen fizetős parkolás: az önkormányzat szerződést köt egy parkoló-társasággal; rendelettel rendelkezik a parkolási feltételekről; közlekedésrendészeti táblák jelölik az ilyen területeket; a szerződési feltételeket megszegő tilos parkoló azonban nem csak kártérítésre kötelezett (ami ez esetben csak az elmaradt haszon és a felmerült költség lehetne), hanem — a pusztán időmúlással automatikusan növekvő — „bírság” megfizetésére is; amely leginkább a közigazgatási bírságra emlékeztet; de amelyet a társaság polgári úton (fizetési meghagyással) érvényesít.⁹

3.

Áttérve immár a büntetőjogi felelősségre, a *sensu largo* büntetőjogi jogellenességet — mint a büntetőjogi szankciók alkalmazhatóságának legáltalánosabb feltételét — tekinthetjük a „büntetendő cselekmény” *differentia specifica*-jának, s ekként a büntető felelősségrevonás alapjának. A jogellenesség fogalmát a német büntetőjogtudomány nyomán tovább bontva juthatunk el

először az *alaki* jogellenességhez, amely — mint *tényállásszerűség* — az érvényes büntető szabály sérelmével azonosítja a jogellenességet;

majd az *objektív* jogellenességhez, amely — mint objektíve megvalósult *magatartás* — a jogilag tiltott eredményt okozatosan előidéző magatartásban jelöli meg jogellenesség alapját;

aztán a *szubjektív* jogellenességhez, amely — mint *bűnösség* — abban a szubjektumban lokalizálja a jogellenesség forrását, amely a jogsértő és tiltott eredményt kiváltó magatartást megvalósítja; s végül

a *materiális* jogellenességhez, amely — mint jogilag védett *érdek* vagy *érték* — arra a *ratio legis*-re alapozza a jogellenességet, amely a büntető norma megalkotójának kezét vezette.

Mára ez utóbbi fogadta be az objektív jogellenességet, s — mint jogilag védett érdeket vagy értéket sértő vagy veszélyeztető magatartással — ezzel azonosíthatjuk (pl. Békés Imre szerint) a *társadalomra veszélyesség* fogalmát. Ezt lenne a *sensu stricto* büntetőjogi jogellenesség, vagyis az a megfontolás, ami a büntető jogalkotás háttérében áll. Így jutunk el a *bűncselekmény* mai Btk. szerinti fogalmi elemeihez: tényállásszerűség

⁹ A jogági keveredés tanulmányozása sem új; egyik klasszikusként lásd R. von Jhering: ‘Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.’ [1867] In: *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*. Leipzig, 1879, 155-240. o.

(büntetni rendeltség); bűnösség (szándékosság vagy gondatlanság); társadalomra veszélyesség.

Ha abból a szempontból vesszük szemügyre a jogellenességi mozzanatokat, hogy melyik közülük a vízvonal a büntetőjogi dogmatika számára, vagyis melyik különbözteti meg markánsan más jogágaktól és felelősségi konstrukcióktól, akkor ezt kétségtelenül a szubjektív jogellenességet képező *bűnösség*ben nevezhetjük meg. Ez — a modern büntetőjog önmeghatározásának alapvetése szerint — csak *egyéni*, szubjektív felelősség lehet. Akkor tehát, amikor a büntetőjogi dogmatika különállását vizsgáljuk, ezt a megkülönböztető jeget célszerű közelebről szemügyre venni.

(1) *Történetileg* tekintve az individuális felelősség kizárólagossága a büntetőjogban rövid múltra tekint vissza: csak a XVIII. század elejétől vált uralkodóvá — s a *common law* szférában ugyanezen század közepétől már oldódni is kezdett, amely oldódás az európai Kontinensen csak a XX. század végétől indult meg.

(2) Az oldódás egyik iránya a *jogi személy felelőssége*. Ez igazi dogmatikai botránykő, hiszen a *societas delinquere non potest* elvének felrúgásával azt a bűnösséget teszi a jogi személyhez (szervezethez) rendelhetőnek, amelyet mint csak a természetes személyekre vonatkoztatható pszichés viszonyt szokás magyarázni. A *common law* országok éppen e téren nyitották meg korán a büntetőjogi dogmatikájukat (miközben ismerem, bár egy cseppet sem értek egyet azzal az ellenvetéssel, hogy az angoloknak nincs is dogmatikája), s használják a legnagyobb természetességgel a fehérgalléros bűnözés egy körére az *enterprise crime, organizational crime, corporate crime, corporate criminality* stb. kifejezéseket. Kanonizálása a magyar jogba a 2001. évi CIV. törvénnyel történt meg, európai — tehát politikai — elvárásoknak engedve. Esetei közé sorolhatók egyes környezeti bűncselekmények, veszélyes üzemek működtetésével okozott bűncselekmények, gazdasági-versenyjogi (pl. fogyasztók sérelmére elkövetett) bűncselekmények, munkavállalók sérelmére (pl. munkahelyi balesetek formájában) elkövetett bűncselekmények. Sántha Ferenc a jogi személy kriminalitásának alapmodelljét a következők szerint foglalja össze: „egy bűncselekményt egy jogi személy szervezeti keretei között annak alkalmazottja vagy vezetője követ el, s a bűncselekményből a szervezetnek vagyoni előnye származik”.¹⁰

(3) Az oldódás másik iránya a felelősség *eloldódása az individuumtól*, s különösen három ponton:

(a) A *másért való felelősség* a felelősséget a cselekvőről egy másik individuumra helyezi át. A magyar Btk.-ba a 2001. évi CXXI. tv. emelte be; egyrészt az Európai Közösségek pénzügyi érdekeinek megsértése (Btk. 314. §), másrészt az aktív hivatali vesztegetés (Btk. 253. §) részeként. Mindkét esetben a szervezet vezetője, más alkalmazottja stb. felel a szervezet más tagjának cselekedeteiért. Nyilvánvalóan ez az eset része a jogi személy büntetőjogi felelősségének, vagy határos azzal.

(b) Az *objektív felelősség* egyenesen kiiktatja az individuumot, s vele a bűnösséget a felelősségrevonásból. A problémát a „gépkocsi bírsághatóságának” bevezetése vetette fel

¹⁰ Sántha F.: *A jogi személyek, egyéb szervezetek büntetőjogi felelősségének anyagi jogi kérdései*. (Doktori értekezés) Miskolc, 2003, 35. o.

meglehetősen élességgel. Formailag nem a Szabálysértési törvény, hanem a KRESZ (21. §) módosításával nyílt meg az út a *közigazgatási bírság* kiszabása előtt az *üzembentartóval* szemben egyes közlekedési szabályok megsértése (gyorshajtás, tiltott helyen megállás, várakozás, piroson áthajtás stb.) esetén. Annak, hogy nem szabálysértési (vagyis kihágási) bírságot alapoz meg az objektív felelősség, nem érdemes túl nagy jelentőséget tulajdonítani, hiszen ha nem is a szabálysértési jog, de a közigazgatási *büntetőhatalom* alkalmazását alapozza meg.¹¹ A jogágak közötti keresztkapcsolatok komplexitását jelzi, hogy miközben Nagy Mariann szerint az objektív felelősség konstrukciója (a veszélyes üzemért való felelősség „közjogiasításával”) a polgári jogból került át a büntető közigazgatásba, addig az általa is hivatkozott Kis Norbert felfogásában a közigazgatási és a büntetőjogi felelősség közös töről ered, melyhez képest a közigazgatási objektív felelősség a büntetőjog „deformálódásaként” állt elő. Számunkra nem is az itt az érdekes, hogy melyik felfogás a helytállóbb, hanem a jogágak közötti *szerves* kapcsolatok ténye: „*ugyanazt a jogi konglomerátumot* szükségképpen másként közelíti meg a közigazgatási jogász, és másként a büntetőjogász”.¹² A közös nevező pedig a kényszerítő jogérvényesítés — a *ius coercendi* — gyakorlása.

(c) A *kollektív felelősség* a szubjektív felelősségről való leválás hagyományos változata. Ennek visszaszorulása (bár sporadikus fennmaradása) mellett új fejlemény ennek „fordított alapállású” formája a „*kollektív sértett*” színrelépése. Jelen céljainknak azonban ugyanúgy megfelel, hiszen alkalmasan példázza a személyről való leválás lehetőségét. E fejlemény a *gyűlöletbeszéd* jogi szabályozás és ellenőrzés alá vonására irányuló törekvések sorozata — immár 1992 óta.¹³ A legutóbbi kísérlet a Btk. és a Ptk. módosítására irányult, dogmatikai „helyretételükre” pedig az Alkotmánybíróság ikerhatározatai vállalkoztak.

A Btk. módosítására tett javaslat a 181/A. § beiktatásával a *gyalázkodás* törvényi tényállása révén kívánta üldözendővé tenni a „*kollektív sértett*” érő becsületsértést. A képviselői javaslat indokolásának 3/B. pontja szerint „a gyalázkodás jogi tárgya azonos a rágalmazás és becsületsértés jogi tárgyával”, *másodlagosan* azonban „jogi tárgya lehet a közösség elleni izgatás jogi tárgya”. Ez a lépés a konkrét személy elleni sérelmet a közösségre viszi át. Hiába, hogy nem az egyéni felelősség, de mégis a szubjektum kiterjesztése az, ami a köztársasági elnök és az Alkotmánybíróság ellenállásába ütközött. A 95/2008. (VII. 3.) AB hat. rögzíti, hogy „a bűncselekmény sértettjei nem konkrét személyek, hanem egy csoport pontosan meg nem határozható tagjai” (3.2.); azonban az immateriális veszélyeztetési tényállás által védett „becsület és méltóság az emberi minőséghez tapad” (3.3.); az emberi méltóság alapjoga mint jogi tárgy pedig csak az emberi státusz részét képezheti (s, tegyük hozzá, az emberek csoportja vagy közössége nem ember).

A Ptk. módosításával megkísérelt alternatív megoldás (a Ptk. 76/A. § beiktatásával) a személyiségi jogvédelem kiterjesztésével kívánt volna élni. Nem meglepő, hogy

¹¹ Nagy Mariann a közigazgatási büntetőhatalomhoz sorolja a közigazgatási büntető- (szabálysértési) jogon kívüli szubjektív, s egyes objektív alapú szankciók alkalmazását: ‘Objektíven a közigazgatási objektív felelősségről – az üzembentartó objektív felelőssége apropóján.’ *Közigazgatási Szemle* 2008/2. 7-8. o.

¹² *Uo.* 5. o. (Kiemelés: Sz. M.) A bíraskodás és közigazgatás közös eredete mellett jogantropológiai érvek is felhozhatók: „[A] bíraskodás és közigazgatás a legtöbb politikai rendszerben történetileg inkább egymással összefonódott, semmint elkülönült tevékenység volt. [...] A római kormányzó, az Afrikában működő brit kerületi felügyelő, vagy a kínai birodalmi tisztviselő beszedi az adókat, fenntartja a békét, javíttatja az utakat és bíraskodik a peres ügyekben.” M. Shapiro: ‘Iszlám és a fellebbezés.’ In: Varga Cs. (szerk.): *Öszszehasonlító jogi kultúrák*. Budapest, 2000, 344. o.

¹³ V.ö. 30/1992. (V. 26.) AB hat.

96/2008. (VII. 3.) AB hat. hasonló okfejtéssel él: „az Alkotmánybíróság az Alkotmány és a Ptk. alapján az általános személyiségi jog egyik megfogalmazásaként megjelenő emberi méltóság jogát szükségképpen köti a természetes személyhez, mert fogalmilag kizárt, hogy e jogot személyek, avagy személyösszességek jogaként értelmezze.” (3.)

4.

A bűnösség jogág-specifikus szubjektív mozzanata körüli dilemmák kezelésmódja gyakran azért ellentmondásos, mert a jogági dogmatikai beidegződésekhez való ragaszkodás kényszerpályára, esetenként vakvágányra vezet a megoldások keresését. Nézzük, milyen dilemmákat vetnek fel az érintett problémák.

A jogi személy büntetőjogi felelősségének (a törvénybe iktatás után elkerülhetetlen) dogmatikai feldolgozása több irányban is elképzelhető.

(a) Mondhatjuk azt, hogy ez az intézmény csak jogpolitikai kivételt enged a jogdogmatika tiszta rendszere alól: az európai integráció mintegy ránk kényszerítette azt az intézményt, amely inkompatibilis a büntetőjog dogmatikai rendszerével. Eltűrnék tehát, de integrálnunk nem kell és nem is lehet.

(2) Vélekedhetünk úgy is, hogy ez az intézmény nem *sui generis* bűncselekmény, hanem más bűncselekmény „elkövetési módja” vagy „minősített esete”. Ezt látszik elfogadni Sántha Ferenc, amikor e bűncselekményi kör meghatározását adja: „olyan — változatos típusú — bűncselekményeket jelentenek, amelyeket jellemzően a *jogi személy* vezetői vagy alkalmazottai a *szervezeti keretei között* követnek el, és amelyekből — általában — a szervezetnek vagyoni haszna származott.”¹⁴

(3) Javasolhatjuk azt is, hogy e konstrukciót ne a bűnösség, hanem csak a büntető *felelősségrevonás* fogalmkörében kezeljük; megengedve a bűnösség nélküli felelősséget. Ezzel a felelősségrevonást a *jogérvényesítés* (a *ius coercendi*) eszközévé tennénk, feloldva a büntetőjogot a közjogban — végül is általában jogban (ahonnan már csak egy lépés egy egységes általános jogdogmatika feltételezése).

(4) De kísérletet tehetünk a *személy* dogmatikai fogalmának pontosítására is. Ez arra vezet, hogy a jog személy- (*persona*-) fogalma eleve elvonatkoztat a *személyiségtől*, vagyis az ember azon minőségétől, amelyet a személyiségi jogok védelmének intézményrendszere övez. A személy — Kelsennel szólva — csupán az a „beszámítási pont”, amelynek a cselekedetet és az a mögött feltételezett akaratot tulajdonítjuk. Ez a sematizált személy-konstrukció az is, amely immár könnyen hozzárendelhető személyösszességhez, vagyontömeghez stb. — vagyis a személyhez képest másodlagos kérdés (*differentia specifica*), hogy természetes avagy jogi személyről van-e szó.

A másért való felelősség ugyanaz a konstrukció, mint ami a polgári jogban régtől ismert, csak ott pl. a szervezet — mint jogi személy — felel a tagja (alkalmazottja stb.) — mint természetes személy — cselekedeteiért (az általa okozott kárért). Természetesen sem törvényesen, sem analitikailag nem elképzelhetetlen e megoldás beemelése a büntetőjogba.

Az *objektív felelősség* kérdésében még előtte vagyunk az Alkotmánybíróság állásfoglalásának; de gyakorta hangoztatott érv, hogy ez a megoldás ismeretes és bevált a világ

¹⁴ Sántha F.: *i.m.* 7. o. (Kiemelés: Sz. M.) Ezt a megoldást továbbgondolva azonban felvethető, hogy akkor a jogi személyt miért nem *dologként*, vagyis a bűncselekmény elkövetéséhez használt *eszközként* határozzuk meg. Hasonló dilemmát vetett fel egyébként a *rabszolgák* (büntető)jogi státusza Rómában.

számos országában. Bár a magyar megoldás a közigazgatási bírság bevezetését választotta, ez sem jelent abszolút felelősséget, hiszen a KRESZ szerint is van helye kimentésnek: ha a „jogsértő” gépjármű jogellenesen került ki üzemeltetőjének birtokából, s e miatt még a bírságotlasi határozat kézbesítése előtt feljelentést tett, vagy (teljes bizonyító erejű magánokirattal, menetlevéllel stb.) igazoltan az más használatában áll.

Kételyeket támaszt a „*kollektív sértett*” azon magyar megoldása is, hogy annak gyűlöletbeszéd elleni büntetőjogi és személyiségi jogi védelmét alkotmányosan „lehetetlen” megoldani. Gyakran felhozott ellenérv egyrészt azon nemzetközi szerződések és egyezmények sora, amelyek mégis (vállaltan) előírják a védelmet; s az a tény is, hogy ez egy sor országban tényszerűen meg is történt. A kérdés ilyen kezelése továbbá a gyűlöletbeszéd problémáját alapjog-korlátozási problémaként, vagyis az alkotmányjogi vagy alapjogi — s nem a büntető vagy polgári jogi — dogmatika kérdéseként fogja fel.

Megjegyezhető továbbá, hogy másik irányú keveredés is mutatkozik a büntetőjog és magánjog között; ui. a *kártérítési elemek* beépülése a büntetőjog intézményrendszerébe. Bár a büntetési célokkal összefüggő megfontolások alá vagy mellé rendelve, de ilyen komponens a kiszabott büntetés enyhíthetősége, a vádalku, az alternatív vitarendezés eszköztára stb.

5.

A római joggal kezdtük — fejezzük is be azzal. A római jogra hajlamosak vagyunk úgy gondolni, mint magánjogra, hiszen a *ius civile* a római polgár (a „magános”) jogállását cizellálta. E civiljogi jelleget vitte tovább az európai kontinentális jogfejlődés is, ahonnan tekintve a római büntetőjog és közjog parciálisnak, csökevényesnek és érdektelennek tűnhet — de mindenképpen olyannak, mint amelynek a magánjoggal szemben semmiféle folytatása sincs napjainkban. Ezért ha még azt hajlandók is vagyunk elfogadni, hogy a magánjogi dogmatika a rómaiaktól nyerte a megalapozását, a büntetőjogra (és közjogra) ez fel sem merül. A büntetőjogi és közjogi dogmatika ezért már keletkezésében, alapjában és háttérben is kétezer év és két világtörténeti korszak távolában látszik lenni a magánjogtól — hogy lehetne hát közös nevezőre hozni őket!

Ezzel a beidegződéssel szemben hoztunk példákat annak igazolására, hogy a jogágak közötti tiszta dogmatikai elkülönülés azóta sem valósult meg. Ha — Pokol Bélához hasonlóan — azt mondjuk, hogy a dogmatika a *logika*, a jogpolitika pedig az *értékválasztás* terepe, akkor bizvást szembeállíthatjuk a „tiszta” jogdogmatikát a „piszkos” jogpolitikával, a jogpolitikát kiáltva ki felelősnek a jogdogmatika tisztulásának késedelmeskedéséért. A jogtörténet azonban arra figyelmeztet, hogy a jogpolitika és a jogdogmatika közti ezen feszültség sokkal inkább a jogfejlődés hajtóereje, mintsem annak akadálya. Sántha arra figyelmeztet: „a szervezetek büntethetősége olyan eretnecség, mint korábban a halálbüntetés eltörlése volt”. A jogpolitika és a jogdogmatika tehát az *együtműködés* vagy munkamegosztás, s nem az ellentét viszonyában áll egymással. A döntés (a *voluntas*) a jogpolitika feladata, a döntés kezelése — vagyis a jogrendszerbe illesztése — (a *ratio*) pedig a dogmatikáé. Ebben a viszonyban nincs „tiszta” jogdogmatika: a jogalkotás mindekorai termékeit alkalmazásra alkalmassá kell kiképeznie.¹⁵

¹⁵ Fájdalmas, de frappáns példaként hozható fel erre az a lázas dogmatikai munkálkodás, amely a második zsidótörvényt kísérte Magyarországon (felteszem máshol is).

Lehetséges azonban más szinten is keresni a jogdogmatika tisztaságának lehetőségét: egy általános jogdogmatika — *una dogmatica iuris* — kimunkálásával. Ennek célja természetesen nem a jogági dogmatikák összemosása, tisztaságuk vagy önállóságuk felszámolása, hanem olyan egységes, átfogó keretbe foglalásuk, amely alkalmas az egyes problémák elhelyezésére és koherens kezelésére. Az, hogy egy ilyen rendszer értelmesen kialakítható-e, az elmélyült elemzéseket igényel, melyek elvégzésére itt nincs lehetőség. A következőben csupán egy olyan — talán — lehetséges fogalmi szerkezet vázát jelölöm ki, amelynek tesztelésével megtehető az első lépések egy ilyen rendszer felé. Tisztelgés-ként a rómaiak előtt kiindulópontként Gaius fogalmi építkezését választom, amivel egyáltalán nem kívánom még csak sugallni sem azt, hogy Gaius szeme előtt efféle általános dogmatika lehetősége lebegett volna. Csupán arról van szó, hogy Gaius még mindig és még erre is alkalmas alapként kínálkozik. Mindezt szem előtt tartva a kiinduló fogalmi szerkezet a következő lehet:

1. Személyek

1.1. „Köz”-személyek

1.1.1. Hivatalos személy („*persona in personam*”)

1.1.2. „Népösszesség” — hivatalos képviselője az állam; az államé az államszerv; pl. a gyűlöletbeszéd sértettje („*persona in rem*”)

1.2. „Magán”-személyek

1.2.1. Jogi személy (pl. objektív és szubjektív felelősség alanya) („*persona in rem*”)

1.2.2. Természetes személy („*persona in personam*”)

2. Dolgok

2.1. Testi dolgok

2.1.1. Tárgy („*res sin rem*”)

2.1.2. Ember (pl. rabszolga; munkaerő) („*res sin personam*”)

2.2. Testetlen dolgok

2.2.1. Személyi jog („*res sin personam*”)

2.2.2. Dologi jog („*res sin rem*”)

3. Actio-k (jog-orvoslás)

3.1. Köz-actiók

3.1.1. Dolog ellen — „közkereset” (közérdekű kereset) („*actio in rem*”)

3.1.2. Személy ellen — közvád („*actio in personam*”)

3.2. Magán-actiók

3.2.1. Személy ellen — magánvád („*actio in personam*”)

3.2.2. Dolog ellen — magánkereset („*actio in rem*”)

4. Jogsértések

4.1. Közsérelemek

4.2. Magánsérelemek

Antal Szerletics

Defining Paternalism

1. Introduction

My article focuses on the issue of paternalism merely from its definitional aspect. Accordingly, my objectives are quite modest here. I am neither offering a normative solution to the problems of paternalism, nor advocating a particular approach to the subject. What I am trying to do is to give an overview of the concept by examining the existing definitions and compare them in order to identify the necessary elements of a new, more suitable and sufficiently broad definition. I will argue that the standard definitions overemphasize the role of autonomy in the concept of paternalism. This overemphasis, I claim, is the result of the dominating Kantian ethical framework that surrounds the theories of most authors. While the violation of autonomy is undeniably present in most paternalistic conducts, I will show that there are certain forms of paternalism that do not “coerce”, “go against the free will” or “violate the autonomy” of the subject.

However, it is necessary to make two preliminary remarks before going deeper into the subject. First, it is important to differentiate between the sources and the justification of paternalism: what explains the factual existence of a phenomenon does not necessarily justify it. Second, in order to conduct an impartial examination, it is essential to remove all negative connotations attached to the concept of paternalism. It is only after these remarks that I proceed to the actual definitional questions in the second part of my article. Finally, for the sake of full conceptual clarity, I will make further distinctions *within* the concept of paternalism and identify its different subcategories.

2. Preliminary remarks

Paternalistic conduct has always been present in human societies. It is based on fundamental anthropological characteristics. We can distinguish two essential forms of paternalism, based on different sources and psychological motives: parental paternalism and state paternalism. John Locke holds parental paternalism necessary in the case of minors, because they lack sufficient reason, and - as a consequence – sufficient free will to act independently. He writes:

“Children, I confess, are not born in this full state of equality, though they are born to it. Their parents have a sort of rule and jurisdiction over them, when they come into the world, and for some time after; but it is but a temporary one. The bonds of this subjection are like the swaddling clothes they are wrapt up in, and supported by, in the weakness of their infancy: age and reason as they grow up, loosen them, till at length they drop quite off, and leave a man at his own free disposal.”¹

Locke argues here for the moral acceptability of soft paternalism. He claims that parental coercion is justified because children are not yet competent and they are unable to make responsible choices. However, it is important to distinguish between the source and the justification of an action. Parental paternalism does not exist because of the incomplete mental capacities of children; it is rather justified by it. Similarly, state paternalism does not exist to protect citizens from involuntary harmful decisions. Protection from involuntariness is not a

¹ John Locke, *Second Treatise of Government*, (1980) at 31.

source of paternalism; it is only (at best) a justification for it. If the protection of incompetents would be the real source of paternalistic coercion, the existence of hard paternalism could hardly be explained. How would such theory explain the continuous tendency of parents to instruct their adult children or the state's attitude to tell competent citizens what is best for them? What makes the two forms of paternalism different from each other has nothing to do with the autonomy of the actors. The real difference lies in the underlying motives. Parental paternalism is mostly motivated by altruistic behavior, driven by the sheer desire to provide the best - or at least what is thought to be best – for our beloved ones. State or “societal” paternalism, on the other hand, seems to stem from our general inability to accept the difference of others. This is why the majority constantly tries to impose its own values on people with different preferences.²

The word “paternalism” has negative connotations attached to it. Paternalism is something we often accuse people of. It implies unjustified authority or hierarchy and suggests that the state stands to its citizens as a (male) parent stands to his children, treating competent adults as if they were children.³ This goes against the fundamental principles of modernity. Kant writes that:

“Enlightenment is man's emergence from his self-imposed immaturity. Immaturity is the inability to use one's understanding without guidance from another. This immaturity is self-imposed when its cause lies not in lack of understanding, but in lack of resolve and courage to use it without guidance from another.”⁴

If adults are treated as children, they will in time come to be like children – and they will never emerge from their “self-imposed immaturity”. Kantian deontology discredits paternalism, because it treats individuals as means and not as ends in themselves. No wonder that paternalism has become, if not a curse word, but at least a “preposterous doctrine” for modern liberal philosophers.⁵

Today the attitude towards paternalism is determined by these modernistic presuppositions. However, paternalism has not always been associated with pejorative connotations. Aristotle argued that the state does not only have the right to act paternalistically, but often has a duty to do so. Perfectionist theories follow this tradition and try to emancipate the notion from the “grip” of deontological ethics. I do not take sides in this debate here. I only argue to liberate the concept of paternalism from any preliminary negative connotations and examine it from a neutral, rational standpoint – at least this is what the “spirit of the Enlightenment” requires us to do.

3. The concept of paternalism

Paternalism is defined variously in philosophical literature. Definitions, as epistemological starting points, determine our understanding of reality. As we will see, different definitions set different boundaries to paternalism. They essentially include or exclude certain issues from the

² Isaiah Berlin distinguished three reasons why people want to curtail the liberties of other people: either (a) because they wish to impose their power on others; or (b) because they want conformity; or (c) because they believe that there is one true answer how one should lead her life. Isaiah Berlin, *John Stuart Mill and the Ends of Life*, in Nigel Warburton, Jon Pike, Derek Matravers, *Reading Political Philosophy – Machiavelli to Mill*, (2000) at 336.

³ Paternalism reflects subordination by its name. It refers to the father, to the “pater familias” who possesses authority in the family. It is surely not a coincidence that paternalism is called paternalism and not “maternalism” or “parentalism”.

⁴ Immanuel Kant, *An Answer to the Question: What is Enlightenment?*, in Lewis White Beck (ed.), *Kant: Selections*, (1988) at 462.

⁵ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law, Vol. 3. - Harm to Self*, (1986) at 24.

scope of examination. I will argue for a broad definition here in order to include the most diverse social phenomena. An adequate liberty-limiting principle will anyway tell us which forms of paternalism are normatively acceptable.⁶ However, it is expedient to keep our initial epistemological observation as wide as possible.

Definitions following the deontological interpretation of paternalism focus on such notions as freedom, consent or voluntariness. They all consider coercion - or more broadly, interference with the subject's autonomy - a necessary condition for paternalism. I am going to argue against this assumption. It is true, that the infringement of autonomy is present in most cases of paternalism. However, it is not practical to approach paternalism from the viewpoint of autonomy, partly because the infringement of autonomy is not present in all cases and partly due to the vagueness of such notions as free will, liberty or autonomy.

Paternalism, in its crudest form, is understood as coercive intervention with the liberty of a person in order to prevent her from causing harm to herself.⁷ This definition has three basic components: (1) intervention, (2) coercion and (3) prevention from self-harm. Each of these elements should be augmented to create a sufficiently wide and precise definition.

(1) Paternalism is not necessarily active behavior, but it can manifest itself in omission as well (for example withholding information). Therefore, it is more appropriate to use the word "conduct" instead of "intervention". Paternalistic conduct always aims to affect someone else; to use the distinction of Mill, it belongs to the category of other-regarding conducts.

(2) Paternalistic conduct is not always coercive and does not always go against the explicit will of the subject. Obvious examples are deception, misinformation or withholding information, for example in the case of the doctor who lies to her terminally ill patient. The element of will is not present in such cases. Limiting someone's choices can also qualify as non-coercive paternalism: let's just think of the parent who stipulates in her will that a child may not inherit an estate before the age of thirty, or the professor who refuses to recommend her Ph.D. student to a certain university because he will be "out of his league".⁸ The indoctrination of certain values through authority and not reasoned persuasion – in the family, in the school or in certain social environments - can also be considered paternalism in the broad sense.

(3) Paternalism aims not only the prevention of self-harm, but also the promotion of the interest and welfare of the subject. I consider compulsory primary education and compulsory social security membership paternalistic. They do not directly prevent self-harm, but promote the long-term benefit of citizens. Therefore, we have to distinguish between benefit-promoting and harm-preventing paternalism.

Based on these considerations, a more suitable definition would emphasize that paternalism is an (1) other-regarding conduct, that (2) interferes with the liberty of the subject, either by going explicitly against her will or lacking consent and (3) aims to promote her welfare and interests.⁹ It is fascinating to see how authors pertaining to the deontological tradition constantly rephrase this definition.

Gerald Dworkin defines paternalism as "[...] the interference with a person's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests or values of the person being coerced".¹⁰ According to Joel Feinberg, "[t]he principle of legal

⁶ I use the word "paternalism" in a descriptive way here, as a collective name for certain social phenomena. Paternalism, as a liberty-limiting principle, has a normative character and it requires thorough justification.

⁷ I will use the female form of personal pronouns throughout my article. This does not imply any paternalistic intentions towards women on my part.

⁸ The examples come from Gerald Dworkin. Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, (1988) at 122. The same article can be found in Rolf Sartorius (ed.), *Paternalism*, (1983) at 105.

⁹ Dietmar von der Pfordten, *Paternalismus und die Berücksichtigung des Anderen*, in Michael Anderheiden et al. (eds.), *Paternalismus und Recht*, (2006) at 94.

¹⁰ Gerald Dworkin, *Paternalism*, in Gerald Dworkin (ed.), *Mill's On Liberty*, (1997) at 62.

paternalism justifies state coercion to protect individuals from self-inflicted harm, or in its extreme version, to guide them, whether they like it or not, toward their own good”.¹¹ Another definition by Gerald Dworkin emphasizes that “[p]aternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and justified by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm”.¹² John Hospers writes that “[l]egal paternalism is the view that law should, at least sometimes, require people to act (a) against their will (b) for their own good, in that way protecting them from the undesirable consequences of their own actions”.¹³

The most important common element of these definitions is the requirement of interference with the subject’s liberty. This is phrased in various ways such as “interference with a person’s liberty”, “against one’s will”, “coercion”, “whether they like it or not”. But is the infringement of freedom a *conditio sine qua non* for paternalism? I am not entirely sure. Free will is a vague concept, usually overemphasized in modern tradition, presupposing that we can establish our own preferences and values independently, free of any manipulation by different social and genetic factors. I would like to mention two arguments against overemphasizing the role of freedom in our definition.

A problem may arise from the tension between our short term and long term preferences. Take, for example, the case of Odysseus and the Sirens. Odysseus commanded his companions to tie him to the ship’s mast and refuse all future orders to set him free because he knew the power of the Sirens to enchant men with their songs.¹⁴ But which order of Odysseus should be considered as representing his authentic preferences? Most would argue for respecting his initial order because it was made rationally and not under the duress of the beautiful siren-song. However, from a utilitarian point of view (provided that it offers greater momentarily pleasure than suffering) the second order of Odysseus also deserves appreciation. So which decision of the companions would be really paternalistic? The correct choice here is probably to follow the initial order. My only objective with this example was to point out that short term preferences are not necessarily irrational. Since it does not always make sense to live by the rules, spontaneous actions can sometimes yield greater happiness than rational preferences.

My other, more powerful argument against overemphasizing the element of liberty can be demonstrated by reversing the original formulation: our definition implies that if a certain conduct does not go against the will of the subject, it does not qualify as paternalism. This seems counterintuitive to me. Let us imagine a world, where – just out of pure coincidence - nobody wants to smoke cigarettes. A statute prohibiting the sale of cigarettes would still look paternalistic, although it does not violate the freedom or restrict the choices of citizens, simply because nobody wants to smoke.

It is possible to resolve this paradox by distinguishing between two types of freedom, “dispositional” and “actually occurrent” freedom.¹⁵ If someone is locked in a room, but does not know it and never wants to leave the room, she is free to do whatever she wants: she is actually free. However, there is no dispositional liberty, since *if* (contrary to the facts) she were to choose to leave the room, *then* she would be blocked. I think that dispositional liberty is just as important as the actual one and paternalism can also appear as the limitation of dispositional freedom. Suppose that John Doe can do one thousand things at time *t*, but not the one thing he wants most to do, whereas Richard Roe can only do one thing at time *t*, but it happens to be the

¹¹ Joel Feinberg, *Legal Paternalism*, in Joel Feinberg, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, (1980) at 110.

¹² Stanford Encyclopedia of Philosophy, entry on “Paternalism”. <http://plato.stanford.edu/-entries/paternalism/> (20.06.2008)

¹³ John Hospers, *Libertarianism and Legal Paternalism*, 4 *Journal of Libertarian Studies* 255 (1980) at 255.

¹⁴ *Supra* note 10.

¹⁵ Joel Feinberg, *Social Philosophy*, (1973) at 5.

thing he wants most to do.¹⁶ The ancient Stoics and Epicureans argued that Richard Roe is more free than John Doe, because he is free of any frustration and his will corresponds to his possibilities – according to the Stoics, the only way to gain total freedom is to adapt one’s will to what must inevitably happen. This argument is not convincing. John Doe seems more free, because he has a wider range of choices, despite the fact that the one thing he wants to do the most is not accessible. The importance of dispositional liberty becomes more visible, if we modify our example. It is plausible to claim that Doe is more free than Roe, when Doe can do one thousand things at time *t*, *including* the one thing he wants most to do, compared to Roe, who can only do the most wanted thing at time *t*. If we give priority to the “actually occurrent” form of freedom, Roe and Doe should be considered equally free.

Paternalistic conduct does not necessarily go against the free will of the subject. It can affect dispositional liberty. Therefore, a sufficiently broad definition would rather focus on the *autonomy* of the subject, which includes both dispositional and actual freedom. Autonomy is a wider notion than liberty, but their relation is quite vague. They are neither synonyms, nor entirely distinct notions. They are interconnected, but not in a hierarchical manner: interference with liberty does not always imply interference with autonomy. Consider the case of Odysseus mentioned before. Tying Odysseus to the mast was a limitation of his freedom, but not his autonomy, because the limitation corresponded to his long term and rational preferences. It seems practical to accept the infringement of autonomy as a necessary condition for paternalism. The concept of autonomy, compared to the concept of will, is more objective and it is less connected to vague mental dispositions. It is a wide notion and comprehends a lot of different forms of coercive and noncoercive paternalism. Some definitions indeed refer to the infringement of autonomy. Gerald Dworkin argues in his later theory that “[t]here must be a violation of person’s autonomy for one to treat another paternalistically”.¹⁷ Suppose, for example, the case of two friends who play tennis together regularly. One friend realizes that the other gets really angry because he often loses in the game. He refuses to play with his friend to protect him from stress. This decision does not infringe liberty, but it is paternalistic, because it interferes with the autonomy of the subject. Thus, our current definition of paternalism looks like this: paternalism is an (1) other-regarding conduct that (2) interferes with the autonomy of the subject and (3) aims to promote her welfare and interests.

However, I think that it would be even more expedient to omit any reference to autonomy in our definition and focus on the motivation of the actor rather than on the mental state of the subject. The autonomy-based definition is already quite broad, but there are still some examples that do not fall within its ambit. Incentives expand rather than limit the options available to someone. However, the parent who offers his teenage son monetary rewards for earning good grades in school treats his son paternalistically.¹⁸

Based on this consideration, the definition of paternalism I would propose would look similar to Scoccia’s formulation: “[p]aternalism is (1) the attempt to induce other people, either actively or passively, (2) to act in ways that will benefit them or not act in ways that will harm them, which is motivated and/or justified by a beneficent concern for their welfare, and (3) uses means other than reasoned persuasion”.¹⁹ This formulation seems sufficiently broad. It does not contain direct reference to autonomy or liberty, but the third element - “uses other means than reasoned persuasion” – still implies some interference with individual autonomy.

All in all, I argue that the conceptual unclearness of paternalism is the result of including the vague element of liberty (free will, coercion, etc.) into our definition. As we have seen, paternalistic conduct does not necessarily go against the will or freedom of the subject. If

¹⁶ *Ibid.* 7.

¹⁷ *Supra* note 8 at 123.

¹⁸ Danny Scoccia, *In Defense of Hard Paternalism*, 27 *Law and Philosophy* 351 (2008) at 353.

¹⁹ *Ibid.* 352.

someone is unable to stop smoking because of the lack of will-power (even though she is aware of the possible risks and wants to quit), does a paternalistic medical treatment violate her autonomy? I do not think so, although the treatment goes against her actual will and present preferences. Even though the violation of liberty might not be a necessary part of the definition, it has important justificatory role to determine if certain forms of paternalism are acceptable or not. It is more difficult to justify paternalism that grossly violates individual liberty.

Besides autonomy, there is another important element of our definition. It is the aim of intervention: the prevention from self-harm or the promotion of benefits. I consider this element absolutely necessary for paternalism. Paternalistic intervention must be benevolent (or at least must aim to be benevolent) to the subject, either by preventing self-harm or by promoting certain benefits. There are two practices that lack this element, but can be easily confused with paternalism. The first type of practice refers to regulations that aim to protect children or other incompetent persons not from themselves, but from harm caused by others.²⁰ When the state creates special crimes against child abuse, it acts in this “paternalistic” way for example. The so-called “good samaritan laws” also belong here. These laws require neutral third parties to provide help to those in need (in case of accidents, natural catastrophes, crimes, etc.). The second category easily confused with paternalism contains practices that are not even remotely benevolent.²¹ Suppose for example that the management of a factory treats its employees as if they were school children (must have the permission of their supervisors to go to the toilet, must present letters from a doctor to excuse absences, etc.), not for their own good, but for the sake of greater efficiency and profit. Such rules and practices might be considered paternalistic, but in fact they are not.

4. Identifying the subcategories of paternalism

Paternalism has different types. Probably the most significant distinction is between soft and hard paternalism. It is based on the voluntariness of the subject. Hard paternalism advocates coercion to protect competent adults against their fully voluntary choices from self-harm. Soft paternalism allows protection from self-regarding harmful conduct, if and only if, “the conduct is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish if it is voluntary or not”.²² Some argue that soft paternalism is not even paternalism, because the harm is not self-inflicted, but comes from external factors to the subject’s will (incapacity, lack of information, etc.). The soft-hard distinction provides the basis for liberal theories that give priority to autonomy over other values. Soft paternalism is acceptable because it does not impose external goals on the individual. The hard version, on the other hand, violates the idea of liberal neutrality and the separation between good and right in deontological ethics. Although the soft-hard distinction is practical and easily applicable, it seems outdated. There are certain problems establishing the voluntariness of decisions and value choices.

In the case of direct paternalism, the class of persons whose autonomy is restricted is identical with the class of persons whose benefit is intended to be promoted by such restrictions.²³ Laws prohibiting suicide or requiring passengers in automobiles to wear seat-

²⁰ Feinberg calls this category “presumptively nonblamable paternalism”. It consists of defending relatively helpless or vulnerable people from external dangers, including harm from other people when the protected parties have not voluntarily consented to the risk. *Supra* note 5 at 5.

²¹ This category is called “blamably nonbenevolent paternalism”. It means treating adults as if they were children, by forcing them to act or forbear in certain ways for the good of other parties, whatever their own wishes in the matter. Although Feinberg refers to these practices as paternalism, he is convinced that they fall outside the scope of paternalism. *Ibid.*

²² *Supra* note 11 at 118.

²³ Gerald Dworkin uses the words “pure” and “impure” for direct and indirect paternalism. This is unfortunate, because it can be easily mistaken with the category of mixed and unmixed paternalism, which is also referred to

belts are typical examples. Indirect paternalism involves the restriction of other persons besides those who are benefited. A ban on the sale of cigarettes is indirect paternalism, because it directly limits cigarette manufacturers, and only indirectly affects the autonomy of smokers, whose benefit was intended to be promoted by the prohibition. Dworkin argues that indirect paternalism requires stronger justification, because it involves third-parties “who are losing a portion of their liberty and they do not even have the solace of having it done in their own interest”.²⁴ It could be argued that such limitations are justified under the harm-to-others principle: by preventing cigarette manufacturers to sell cigarettes we prevent them from causing illness to others, the same way as we prevent other manufacturers from releasing pollutants into the atmosphere. The fundamental difference is that in the case of cigarettes the harm can be avoided by smokers if they choose to do so. There is an element of consent that makes indirect paternalism different from simple harm-to-others cases. Also, from the smokers’ point of view, this type of paternalism requires the same level of justification as a directly paternalistic intervention (the criminalization of smoking cigarettes), because it limits their autonomy in the same way.

Another distinction can be made between mixed (impure) and unmixed (pure) paternalism. In practice, paternalistic regulations are not merely justified and motivated by the protection from self-harm, but by other considerations as well (the protection of others, general public, morals, etc.). There are very few unmixed cases of paternalism: even in a seemingly “pure” case, in the case of prescribing motorcyclists to wear crash helmets, one can refer to the indirect damage caused by the additional social security expenses. This issue is closely related to the distinction of self-regarding and other-regarding acts. I will deal with this issue in the next chapter.

Some paternalistic laws require, while others forbid certain kinds of behavior. Active paternalism requires action, while passive requires refraining from action. Laws prescribing passengers to wear seat-belts or motorcyclists to wear helmets belong to the active category. The passive category contains, for example, the prohibition of suicide or the use of drugs.²⁵

Our final distinction must be made between coercive and noncoercive forms of paternalism. The harm principle prohibits only coercive interferences with liberty. Mill did not think that the state should not care about its citizens’ character, but thought there are other means to protect people from self-harm or to improve their morals, such as education or cultural policy. He claims that “[...] benevolence can find other instruments to persuade people to their good, than whips and scourges”.²⁶ Generally, authors pertaining to the Millian tradition emphasize the coercive nature of paternalism. They focus on criminal law issues. As Feinberg admits, “[...] it is the latter [i.e. prohibitive pronouncements backed up by criminal sanctions] with which we are primarily, though not exclusively, concerned here”.²⁷ This approach seems too restrictive. The mentioned authors seem to forget their main objective: the respect for autonomy. There are several examples of noncoercive paternalism that violate autonomy. Consider the case when a doctor lies to a mother on her deathbed when she asks about her son. He tells her that her son is doing well, even though he knows that the son has just lost his life in an accident.²⁸ We can also mention noncoercive paternalistic legislations, for example statutes rendering certain contracts null and void or welfare programs in which vouchers or food tickets are awarded instead of cash. Incentives, deception and manipulation are also

as pure and impure paternalism in John Kleinig’s terminology. Feinberg’s differentiation between single and two-party cases of paternalism seems very similar, but there are some slight differences. *Supra* note 10 and *supra* note 5 at 9.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Supra* note 5 at 8.

²⁶ *Supra* note John Stuart Mill, *On Liberty*, (1975) at 71.

²⁷ *Supra* note 5 at 8.

²⁸ Example of Bernard Gert and Charles Culver, quoted by Joel Feinberg. *Ibid.* 7.

noncoercive methods. Offering my son monetary rewards for earning good grades in school treats him paternalistically.²⁹

Another noncoercive method available is to structure others' options so that the default option is the best option and less beneficial options can be selected only by opting-out of the best one. This method works by exploiting people's inertia. Consider the following study of savings behavior:

“Hoping to increase savings by workers, several employers have adopted a simple strategy. Instead of asking workers to elect to participate in a 401(k) plan, workers will be assumed to want to participate in such a plan, and hence they will be automatically enrolled unless they specifically choose otherwise. This simple change in the default rule - from nonenrollment to enrollment - has produced dramatic increases in enrollment.”³⁰

The design features of both legal and organizational rules have surprisingly powerful influences on the choices made by those affected. Such “restrictions” do not block individual choices. People are free to opt out of specified arrangements if they choose to do so, but it is legitimate for private and public institutions to influence people's behavior even when third party effects are absent. This way libertarianism becomes compatible with paternalism. However, such interventions still have a paternalistic character, because we are making choices instead of those who would neglect to do them.

5. Conclusion

I tried to give a brief overview of the concept of paternalism in my article. Through the analysis of the existing definitions, I found three elements that seem to be necessary to define paternalism: paternalism is an (1) other-regarding conduct that (2) interferes with the autonomy of the subject and (3) aims to promote her welfare and interests. From these three elements, I questioned the necessity of the second one, the interference with the subject's autonomy. I claim that there are certain special cases of paternalism that do not violate autonomy. The overemphasis of the role of autonomy in the concept of paternalism seems to originate from the Kantian ethical presuppositions of the authors dealing with the issue.

Bibliography

Books:

Michael Anderheiden et al. (eds.), *Paternalismus und Recht*, (Mohr Siebeck, 2006)

Lewis White Beck (ed.), *Kant: Selections*, (New York: Macmillan, 1988)

Gerald Dworkin (ed.), *Mill's On Liberty: critical essays*, (Lanham: Rowman & Littlefield, 1997)

²⁹ *Supra* note 18 at 353.

³⁰ Cass Sunstein, Richard Thaler, *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*, 4 University of Chicago Law Review 70, (2003).

Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1988)

Joel Feinberg, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, (Princeton: Princeton University Press, 1980)

Joel Feinberg, *Social Philosophy*, (Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1973)

Joel Feinberg, Jules Coleman, *Philosophy of Law*, (Belmont: Cengage Learning, 2008)

Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law, Vol. 3. - Harm to Self*, (New York: Oxford University Press, 1986)

John Locke, *Second Treatise of Government*, (Indianapolis: Hackett, 1980)

John Stuart Mill, *On Liberty*, (New York: Norton, 1975)

Nigel Warburton, Jon Pike, Derek Matravers, *Reading Political Philosophy – Machiavelli to Mill*, (London: Routledge, 2000)

Articles:

John Hospers, *Libertarianism and Legal Paternalism*, 4 *Journal of Libertarian Studies* 255 (1980)

Danny Scoccia, *In Defense of Hard Paternalism*, 27 *Law and Philosophy* 351 (2008)

Cass Sunstein, Richard Thaler, *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*, 4 *University of Chicago Law Review* 70, (2003)

Internet:

Stanford Encyclopedia of Philosophy, entry on “Paternalism”. <http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/> (07.08.2008.)

Szomora Zsolt¹

A jogi tárgy funkciói és a jogtárgyharmonikus értelmezés

/A 2008. november 6-án, Szegeden rendezett büntetőjogelméleti – jogfilozófiai konferencián elhangzott előadás szövege/

I. A jogi tárgy fogalmának tisztázatlansága

Ha valaminek a funkcióit kívánjuk vizsgálni, akkor a kiindulópont az kellene, hogy legyen, hogy pontosan tisztázzuk, hogy mi is az, aminek a funkcióit vizsgálni akarjuk. Témám kapcsán ez azt jelentené, hogy pontosan tisztáznom kellene, hogy mit is jelent a jogi tárgy. Ezt azonban – sajnos – nem tudom megtenni.

Bár a feladat mindenképpen alapvető jelentőségű lenne. Gössel is ezt hangsúlyozza, amikor építészeti kategóriákat alkalmazva így ír a jogi tárgy megismerésének jelentőségéről: „Ha a büntetőjog normákból képzett alapon nyugszik, akkor ennek az alapnak a feltáratlansága az erre alapított «bűncselekményi felépítmény» teljes bizonytalanságát eredményezi, és természetesen ezzel együtt az alaphoz legközelebb lévő emelet, a tényállás bizonytalanságát is. Különösen rejtélyes, sötét ködbe burkolózó, homályos alapkategóriája a büntetőjognak az ún. jogi tárgy.”²

És mégis, a jogi tárgy dogmája, miszerint a büntetőjogot jogtárgyvédelemre kell alapozni és korlátozni, a büntetőjogi irodalom nagy részében elfogadott és alapvető kiindulási pontot jelent.³ Annak ellenére igaz ez, hogy a dogmatörténet kiválóan demonstrálja, hogy *a jogi tárgy tartalmilag nem írható körül*. Stratenwerth szavaival élve, „a jogi tárgy mindent átfogó materiális definíciója nem más, mint a kör négyesítésé”.⁴

A jogi tárgyra leggyakrabban használt definíciók az érdek, érték, állapot, adottság kifejezéseket állítják a középpontba (a magyar irodalomban is). Ezzel szemben Stratenwerth és Gössel tanulmányaikban meggyőzően mutatják ki, *a jogi tárgy nem egy elvont érdek, hanem az érdek tárgya*. A bűncselekmények az érdeket valójában nem csorbítják. Ha például abból indulunk ki, hogy a hamis tanúzás jogi tárgya a valóságnak megfelelő tényállás felderítéséhez fűződő érdek a büntető vagy bármilyen más eljárásban, akkor a hamis tanúzás ennek az érdeknek nem felel meg, de ugyanakkor ettől az érdek még változatlanul fennáll, sőt még erősebben jelen lesz. A jogi tárgy tehát sohasem az érdek maga, hanem az érdek tárgya (a példa szerinti esetben a valóságnak megfelelő tényállás felderítése mint jogilag szabályozott folyamat).⁵ Bár az értékek és ideálok a jogi szabályozás vezérfonalát és zsinórmércéjét jelentik, nem jelentik egyben annak tárgyát is. Az értékek a maguk ideális létükben sohasem, hanem csak a társadalmi valóságban való kifejeződésükben sérthetők.⁶

Stratenwerth ezen felül arra is rámutat, hogy az individuális és a kollektív (más szóval univerzális) jogi tárgyak – egyébként általánosan elismert csoportjai – fogalmi szinten egyáltalán nem hozhatók közös nevezőre. És kimondja azt is, hogy egyes bűncselekményekre pedig úgy tekinthetünk, mint amelyeket eleve *kivettek a jogi tárgy dogmája alól* (pl. állatkínzás, kegyeletsértés).⁷

¹ PhD, egyetemi adjunktus, Szegedi Tudományegyetem ÁJK Büntetőjogi és Büntető Eljárásjogi Tanszék

² Gössel, Karl Heinz: Das Rechtsgut als ungeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal. Festschrift für Dietrich Oehler. Heymann. 1985. 98. p.

³ Vö. Stratenwerth, Günther: Zum Begriff des Rechtsgutes. Festschrift für Theodor Lenckner. C.H.Beck. München, 1998. 377. p.

⁴ Uo. 388. p.

⁵ Uo. 380. p.

⁶ Gössel: i.m. 102. p.

⁷ Stratenwerth: i.m. 383-386. p.

Ha a magyar büntetőjogi irodalomhoz fordulunk, akkor *Schultheisz Emil* e témában egyedülállóan tekinthető tanulmánya ugyanezt a helyzetet tükrözi. Írásában számos egymástól lényegesen eltérő, vagy egymással vitatkozó, polemizáló definíciót, definíciós kísérleteket ismertet. Schultheisz a számos német irodalmi forrás áttekintése után jóformán nem is juthat más végkövetkeztetésre, minthogy a jogi tárgy kategóriája szükségképpen heterogén jellegű s nem generalizálható. Sőt elfogadja Oppenheim, valamint Honig álláspontját, miszerint az általánosításra törekvő absztrahálás kiüresíti a jogi tárgy kategóriáját, és ezzel együtt funkcióvesztéssel jár.⁸

Előadásom témája szempontjából ez egy igen fontos megállapítás, az következik belőle ugyanis, hogy a jogi tárgynak nem a fogalma, annak generalizálása a fontos, hanem sokkal inkább a funkciója. El kell tehát fogadni, hogy az egyes bűncselekmények jogi tárgyai heterogén jellegűek, és a fogalom absztrahálása helyett inkább a jogi tárgyak funkcióinak általános körülírására és az ebből származó következmények levonására kell törekedni.

II. A jogi tárgy funkciói

Az uralkodó vélemény szerint a jogi tárgy lényege nem más, mint hogy a büntetőjogi fenyegetést, annak szükségességét racionálisan megindokoljuk.⁹ A jogi tárgyban az adott cselekménytípus büntetni rendelésének célja és értelme fejeződik ki.¹⁰ Az irodalmi vélemények a 20. század első harmadától már abban is többségében egyetértenek, hogy a jogi tárgy mint céltételezés mind a kodifikálásra, mint pedig a jogértelmezésre hatással kell, hogy legyen.¹¹ Ebben az értelemben a jogi tárgy a büntetőtörvény kritikai mércéje, illetve a jogértelmezés vezérfonala.¹²

E két funkciót *Hassemer* a rendszerimmanens, valamint a rendszerkritikus jelzőkkel látja el. Az ún. *rendszerimmanens funkció* egyfajta „büntetőjogon belüli munkaeszköz”, amely elsősorban a törvényi tényállások rendszerbe foglalására (s így a Különös Rész felépítésére), valamint ez alapján a bírói jogértelmezésre van hatással. Az ún. *rendszerkritikus funkció* alapján pedig azt keressük, hogy melyek azok a jogi tárgyak, amelyek büntetőjogi védelemre szorulnak, szorulhatnak.¹³

E rendszerkritikus szemlélettel tartalmilag is kérdésessé lehet tenni a jogalkotó döntését, hogy mely jogi tárgyakat védi, és melyeket nem, s így állást lehet foglalni a kriminalizáció és a dekriminalizáció kérdésében. Ha a jogi tárgy és a materiális jogellenesség a büntetendővé nyilvánítás indoklását, tartalmi legitimálását hivatott szolgálni, akkor ennek fordítottjaként, a rendszerkritikus funkció alapján a jogalkotói döntések megkérdőjelezhetők, amennyiben a büntetendőség tartalmi indokát (magát a jogi tárgyat, illetve annak védelmi módját) nem tartjuk megfelelőnek. A kritikai felfogás kiindulópontja szerint előfordulhat, hogy a törvény a mindenkor jogtárgysérelmet nem pontosan ragadja meg, nem megfelelően írja körül. Hangsúlyozni kell azonban, hogy a jogalkalmazó nem élhet a jogtárgykritikus módszerrel, az a tudomány, a kriminálpolitika, valamint az alkotmánybíráskodás terepén érvényesülhet csak.

A továbbiakban ezzel funkcióval nem fogok részletesen foglalkozni, a téma külön, nagy terjedelmű tanulmányt érdemel. Különös tekintettel arra, hogy ezt az alaptételt az irodalom egy

⁸ *Schultheisz Emil*: A jogtárgy. Különnyomat a Jog 1938. V. évf. 3-4 és 5-6. számaiból. 6-11. p.

⁹ *Arzt, Günther*: Sexualdelikte und Strafrechtsreform. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. 1983/1. 179. p. és *Stratenwerth*: i.m. 389. p.

¹⁰ Vö. *Schultheisz*: i.m. 10. p.

¹¹ Uo. 12. p.

¹² *Stratenwerth*: i.m. 378. p.

¹³ Ismerteti *Gössel*: i.m. 101-102. p.

része újból és újból vitatja, és nemcsak ideológiai okokból. A büntető törvényhozások jelenlegi tendenciái, különösen pedig törvényhozás jövőképe egyes vélemények szerint ugyanis megkérdőjelezi a jogi tárgy dogmájának és kritikai funkciójának tarthatóságát.¹⁴ E szkepszis kifejtése helyett a kérdést azzal szeretném rövidre zárni, hogy amíg a jogállami büntetőjogok alkotmánybírói felülvizsgálata létező és működő intézmény, addig a jogi tárgy és annak rendszerkritikai funkciója sem tehető kérdésessé. Csak egy példát említenék: az alkotmánybíráskodás során egy alapjogot érintő büntetőjogi rendelkezés vizsgálata sok esetben az ún. szükségességi-arányossági teszttel történik. A szükségességi-arányossági teszt kiindulópontját pedig a jogi tárgy, a jogalkotó védelmi céltételezése jelenti, és ez állítódik szembe az adott rendelkezéssel korlátozott alapjoggal. Egyértelmű bizonyítéka ez a jogi tárgy kritikai funkciójának, s a magyar Alkotmánybírói gyakorlatából is kiolvasható.

III. A jogtárgyharmonikus értelmezés

Részletesebben a másik, az ún. rendszerimmanens funkcióval, azon belül is az ún. jogtárgyharmonikus értelmezéssel fogok foglalkozni. A jogtárgyharmonikus (teleologikus) értelmezés legfőbb elve szerint egy rendelkezést úgy kell értelmezni, hogy az lehetőleg alkalmas eszköz legyen a szabályozással kitűzött törvényi cél elérésére.¹⁵ A magyar büntetőjogi irodalomban önálló értelmezési módként a szegedi büntetőjogi iskola honosítottam meg ezt a kategóriát, amely hazánkban egyébként egyáltalán nem tekinthető elterjedtnek. Ezzel szemben a német büntetőjogban általánosan elfogadott, hogy a tényállás értelmezését a tényállás célján, azaz egy meghatározott jogi tárgy védelmén kell orientálni; a jogi tárgy jelentősége a törvényi tényállások értelmezésében általánosan elismert.¹⁶

Sőt, a teleologikus értelmezést *Jescheck* egyenesen az értelmezési módok koronájának nevezi, mert közvetlenül az értelmezés tulajdonképpeni céljához vezet, azaz azon cél- és értékszempontok kidolgozásához, amelyekből a törvény értelme végső soron kötelezőként felfedhető.¹⁷ A német jogirodalomban teljes az egyetértés abban, hogy valamennyi értelmezési mód közül a jogtárgyharmonikus értelmezés az elsődleges, s a többi értelmezési mód, azaz a nyelvtani, logikai és rendszertani értelmezés, csak a törvényi védelmi cél által adott értelem keretei között tölthet be szerepet, a történeti értelmezés pedig a legutolsó a sorban.¹⁸ *Jescheck* rámutat arra, hogy a nyelvtani és a rendszertani értelmezésből fakadó felismerés értéke jelentősen függ az értelmezendő törvényhely szövegezésének jogi pontosságától, illetve a törvényhely helytálló rendszertani besorolásától. A történeti értelmezéssel pedig rendszerint azt a kérdést tesszük fel, hogy mit akart a jogalkotó a törvénnyel, és ez pedig rögtön a teleologikus értelmezéshez vezet.¹⁹

Feltűnő, hogy a német irodalom szinte egyöntetűen elveti a történeti értelmezést, s a jogalkotó történeti akaratát mint egyfajta bírói kezdet megkötő béklyót jellemzi. *Gropp* így ír erről: „Mivel a jogalkotó akarata az idő múlásával gyakran már nem pontosan tisztázható, és mert a társadalmi viszonyok olyan módon változhatnak, amely kétségessé teszi, hogy a jogalkotó az eredeti szándékához ragaszkodna-e, ezért a törvénynek a jelenlegi körülmények között adható értelme és célja szerinti interpretáció különös jelentőséghez jut.”²⁰ *Maurach* még

¹⁴ Vö. *Stratenwerth*: i.m. 377. p.

¹⁵ *Nagy Ferenc*: A magyar büntetőjog általános része. HVGORAC. Budapest, 2008. 73. p.

¹⁶ Vö. *Gössel*: i.m. 102. p.

¹⁷ *Jescheck, Hans-Heinrich*: Strafrecht Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Duncker & Humblot. Berlin, 1996. 156. p.

¹⁸ *Maurach, Reinhart – Zipf, Heinz*: Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilbd. 1. 5. Aufl. Müller. Heidelberg, 1977. 124. p.; lásd még *Gropp, Walter*: Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Auf. De Gruyter. 2005. 60. p.; *Jescheck*: i.m. 155. p.

¹⁹ i.m. 155. p.

²⁰ i.m. 60. p.

részletesebb okfejtése szerint: „A jogszabály a hatályba lépésével végérvényesen kikerül a jogalkotó hatalmi köréből, és nincs többé figyelemmel a motivációira, hanem egy önálló és a mindenkori jelenhez fűződő funkciója szerint megítélendő jogforrássá válik. Vele szemben a jogalkotó akár eltérő akaratát sem lehet figyelembe venni, és amely ennél fogva olyan életbeli történésekre is kiterjedhet, amelyekre a jogalkotó még csak nem is gondolt. [...] A jogtárgyharmonikus értelmezés feladata, hogy a törvényi rendelkezést a védelmi cél keretein belül új felismerésekhez, új szituációkhoz, új bűnelkövetési formákhoz igazítsa.”²¹

Meglátásom szerint az így felfogott teleologikus értelmezéssel óhatatlanul átcsúszunk a valódi kiterjesztő értelmezés, azaz az analógia területére. Maga Maurach is elismeri, hogy a teleologikus értelmezés és a büntetőjog hatókörének kiterjesztése között „folyékonyak a határvonalak”, és hogy a jogalkalmazás már sokszor be is bizonyította, hogy ezek a határok nehezen tarthatók be.²²

Kérdés akkor, hogy elfogadható-e a jogtárgyharmonikus értelmezésnek ez a megközelítése. Véleményem szerint ez az értelmezési mód semmiképpen sem lehet olyan eszköz, amellyel az elkövetőre nézve hátrányos analógiát próbálnánk meg intézményesíteni, a teleologikus értelmezés nem vezethet a jogalkotói és jogalkalmazói kompetencia összemosásához. Fontos, hogy *Nagy Ferenc* általános részi tankönyvében kimondja: „a szabályozási cél a teleologikus értelmezés során *csak olyan jelentést kaphat*, amely a törvényi szabály pozitív módon előírt más rendelkezéseivel összhangban áll”.²³ Úgy gondolom, hogy a magyar jogalkalmazási gyakorlatban csak ezzel a szemlélettel érdemes a jogtárgyharmonikus értelmezést meghonosítani.

IV. Példák a teleologikus értelmezésre – törvényi tényállásokon és jogeseteken keresztül

A következőkben néhány jogesetet ismertetnék annak érdekében, hogy szemléltetni lehessen ezen értelmezési mód jelentőségét a magyar büntetőjogban. Az első példák az individuális jogi tárgyak körét érintik. A viszonylag pontosan körülírható individuális jogi tárgyak jelentősége e tekintetben is kiemelkedő, mert a személy elleni bűncselekmények körében szakszerű törvényértelmezés nem képzelhető el a konkrét jogi tárgy pontos meghatározása nélkül.²⁴

IV. 1. A *segítségnyújtás elmulasztása* kapcsán említenék egy szemléletes esetet. Kamion vezetője gázol motorost, és a közlekedési baleset olyan szerencsétlen módon történik, hogy a motoros feje az ütközés pillanatában azonnal leválik a testéről. Azonnali halála bárki számára teljesen nyilvánvaló. A kamionos megállás nélkül továbbhajt a baleset helyszínéről. Kérdés, hogy a közlekedési bűncselekmény mellett a kamion vezetője elkövette-e a segítségnyújtás elmulasztását is. A bírói gyakorlat több esetben igennel válaszol erre a kérdésre²⁵, és még azt az oly nyilvánvaló kérdést sem teszi fel magának, hogy halott embernek hogyan és miért kellene segítséget nyújtani.

A segítségnyújtás elmulasztása (Btk. 172. §) személy elleni bűncselekmény, a törvényi tényállás célja, az élet- és a testi épség védelme. Halott ember esetén ilyen védelmi célról nem beszélhetünk. Ellenben éppen a cserbenhagyás (Btk. 190. §) bűncselekményét kellene megállapítani, amelynek egyedüli célja, hogy a KRESZ-ből fakadó megállási kötelezettség elmulasztását pönalizálja. Bár jóval enyhébb bűncselekmény, mint a segítségnyújtás

²¹ *Maurach-Zipf*: i.m. 127. p.

²² Uo.

²³ i.m. 2008. 73. p.

²⁴ Vö. *Stratenwerth*: i.m. 388. p.

²⁵ Más történeti tényállással (pl. úttesten fekvő részeg sértett fején való átgázolás), de elvi éllel igenlően állást foglalva BH 1984. 428; BH 1985. 331; BH 1998. 575.

elmulasztása, de a fenti tragikus baleset kapcsán – a teleologikus értelmezést is segítségül hívva – csak ez az enyhébb büncselekmény állapítható meg.

Egyértelműen analógia-gyanús az a bírói értelmezés, miszerint nem megengedhető, hogy *enyhébb esetben*, amikor is a sértett életben marad, vagy netán akár csak percekig is él még a baleset után, az elkövető a segítségnyújtás elmulasztásának megállapíthatóságával *súlyosabb elbírálásában* részesüljön.²⁶ Ezzel egyet lehet érteni, de a bírónak ettől még nem lesz kompetenciája arra, hogy a törvényi rendelkezéseket, azok védelmi célját figyelmen kívül hagyva – pláne az elkövető hátrányára – felülírja; a helyzet megoldása tehát jogalkotói lépést kíván.

IV. 2. Pozitív példaként említhető a *kiskorú veszélyeztetése*, amely második büntetési alakzatánál [Btk. 195. § (2) bek.] egyértelműen jogtárgyharmonikus értelmezés nyomára bukkanhatunk a bírói gyakorlatban. A vonatkozó törvényi rendelkezés szerint büntetendő az a nagykorú, aki kiskorút büncselekmény elkövetésére rábír stb. A büncselekmény jogi tárgya a kiskorú erkölcsi fejlődése. Egy bírósági határozat erre tekintettel helyesen állapította meg, hogy nem valósul meg ez a büncselekmény, ha az elkövetés körülményeire tekintettel a büntetőtörvénybe ütköző cselekmény realizálása nem veszélyezteti a gyermek erkölcsi fejlődését, mert a büncselekményre rábíró személy például visszaél a kiskorú tévedésével. Így nem állapították meg ezt a büncselekményt, amikor a szülő a kisiskolás gyermekét arra bírta rá, hogy az orvosi igazoláson írja át a dátumot a táppénzes család érdekében; s ebből a gyermek tudata mindössze annyit fogott át, hogy egy számot át kell írnia egy másikra a papíron. Tévedésére tekintettel az erkölcsi fejlődése nem került veszélybe, ahhoz a gyermeknek fel kellett volna ismernie a cselekménye tiltott jellegét. E büncselekményi alakzatnak a passzív alanya csak olyan értelmi fejlettséget elért kiskorú lehet, akinek az erkölcsi fejlődését az elkövetési magatartás károsan befolyásolhatja.²⁷

S ezt az értelmezést kell alkalmazni a kiskorú veszélyeztetésének nem csak a jogeset szerinti első, hanem a második büntetési alakzatánál is. E példa további tanulságként mutat rá a *jogi tárgynak, illetve a jogtárgyharmonikus értelmezésnek a büntetendőség körét a törvény szövegéhez képest megszorító szerepére*.

IV. 3. Szemléletes példák hozhatók egyes olyan tényállási elemek köréből, amelyek tartalma, jelentése széles körben elfogadott, és amelyek valójában – bár a jogirodalomban ennek kimondására, belátására még nem került sor – a jogtárgyharmonikus értelmezést tükrözik.

Így említhető a lakás mint a *magánlakásértés* (Btk. 176. §) elkövetési tárgyának fogalma, amely szerint a lakás oldalfalakkal és tetővel van körbehatárolva, továbbá lakhatásra rendelt.²⁸ Ennek megfelelően akár campingsátort, a lakókocsit, illetve az útépítő munkások éjszakai szállásául szolgáló konténer-bódékat is lakásnak tekintjük – a lakás szó hétköznapi értelmétől eltérően, de a jogi tárgynak, a magánlakás sérthetlenségének figyelembe vételével.

A *levéltitok megsértésének* (Btk. 178. §) egyik elkövetési magatartása más zárt küldeményének a felbontása, tartalmának megismerése céljából. A felbontás alatt nem csak a levelet tartalmazó boríték fizikai úton történő felbontását (felvágását, feltépését) kell érteni, hanem tartalmához más technikai eszközzel, pl. átvilágítással való hozzáférést is, oly módon, hogy a levél maga sértetlen marad.²⁹ Ez az értelmezés a felbontás szó köznapi (szószerinti) értelmétől eltér. Ugyanakkor egyértelműen jogtárgysértő magatartást von a tényállás körébe, s mindezt úgy, hogy megfelel a kevesebből a többre következtetés (argumentum a minore ad

²⁶ Így BH 1985. 331.

²⁷ BH 1985. 459.

²⁸ *Vida Mihály*: Btk. XII. Fejezet. III. Cím. In: A magyar büntetőjog különös része (szerk.: Nagy Ferenc). Korona Kiadó. Budapest, 2005. 175. p.

²⁹ *Vida*: i.m. 194. p.

maius) elvének is. Hiszen az elkövetési magatartások között szerepel a küldemény célzatos megszerzése is, amely a befejezett bűncselekmény megvalósulásához nem követeli meg a tartalom megismerését. Ehhez képest előfordulhat, hogy az átvilágítással az elkövető megismeri a levél tartalmát, azaz a tényállásszerű célzat realizálódik. Ha önmagában a célzatos megszerzés befejezett bűncselekmény megállapításához vezet, akkor elfogadható a felbontás szó jelentésének az említett irányba való kiterjesztése, hiszen a célzat megvalósulásával, a tartalom megismerésével a jogi tárgy nem csak veszélybe kerül, hanem kifejezetten sérül is.

IV. 4. A nemi erkölcs jogtárgyi szerepe erősen vitatható, a Btk. XIV. Fejezet II. Címében való szerepeltetése elavult törvényi szemléletet tükröz.³⁰ A nemi erkölcs jogtárgyként való felfogásának ellentmondásosságát jól tükrözi a nemi erkölcs elleni bűncselekmények rendbeliségének megítélése.

Az üzletszerű kéjelgés elősegítésének Btk. 205. § (1), (2) és (3) bekezdés szerinti alakzatai minden esetben természetes egységet képeznek, függetlenül attól, hogy az elkövető hány alkalommal és hány személynek bocsát rendelkezésére helységet prostitúciós tevékenység céljából, illetve tekintet nélkül arra, hogy a bordélyházban hány személy folytat üzletszerű kéjelgést.³¹ Ez a felfogás összhangban van a jogi tárggyal, amely egyéni érdeksérelmet nem lát ebben a bűncselekményben, hanem az a nemi kapcsolatok társadalmi rendjeként határozható meg.

Ehhez képest már nehezen érhető, hogy az üzletszerű kéjelgésre való rábírás [Btk. 205. § (4) bek.] rendbelisége miért a passzív alanyok számához igazodik.³² Azon passzív alanyokéhoz, akik egyébként nem sértettjei a bűncselekménynek, egyéni érdeksérelme ugyanis a prostitúcióra való rábírással nem jön létre. Ez a magatartás ugyanúgy absztrakt módon sérti a nemi kapcsolatok társadalmi rendjét, mint a bűncselekmény többi alakzata, s éppen ezért nem lenne indokolt a rendbeliség eltérő megítélése.

A Legfelsőbb Bíróság iránymutatása nyomán (3/1999. BJE) ma már egyöntetű az a felfogás, hogy a *kitartottság* az üzletszerű kéjelgést folytató személyek számától függetlenül természetes egység. Tekintettel arra, hogy a tényállás szerkezete olyan, hogy megvalósulása szempontjából az egyéni érdeksérelme, a prostituált érdekeinek a sérelme irreleváns. A bűncselekmény a nemi kapcsolatok társadalmi rendjét védi a prostitúcióhoz kapcsolódó élősdi magatartásokkal szemben. Erre tekintettel helytálló a bűncselekmény mindenkor természetes egységként való kezelése.

Az üzletszerű kéjelgés elősegítése és a kitartottság rendbeliségének értelmezésével azonban már nem mutat összhangot a *kerítés* bűncselekményének (Btk. 207. §) egy- vagy többrendbelisége. A kerítés a gyakorlatban ugyanis a nemi cselekményre megszerzett passzív alanyok száma szerint minősül egy vagy több bűncselekménynek.³³ Ez az általános felfogás nincsen tekintettel arra, hogy a kerítés passzív alanyánál nem feltétlenül következik be érdeksérelme. A tényállás ugyanis nem feltételezi, hogy a nemi kapcsolat az ügyfél és a passzív alany között létrejöjjön. Illetve ha konszenzuális nemi cselekményre kerül sor, akkor sem lehet egyéni érdeksérelmről beszélni. Amennyiben pedig a közösülés vagy fajtalanás nem a passzív alany beleegyezésével valósul meg, akkor a kerítéssel halmazatban más bűncselekmények állapítandók meg (kényszerítés, erőszakos közösülés, szemérem elleni erőszak, esetleg személyi szabadság megsértése). Mindezekre tekintettel, a nemi kapcsolatok

³⁰ Ehhez részletesen lásd *Szomora Zsolt*: A nemi erkölcs mint a nemi bűncselekmények alkalmatlan jogi tárgya. Állam- és Jogtudomány. XLVII. évfolyam (2006. évi 4. szám). 611-638. p.; valamint a téma történeti összefüggéseire is: Nemi erkölcs mint jogi tárgy? Történeti aspektusok a magyar, a német és az osztrák büntetőjogban. Acta Jur. et Pol. Szeged, 2006. Tom. LXVIII. Fasc. 23.

³¹ *Nagy Ferenc* (szerk. és társszerző): A magyar büntetőjog különös része. Korona Kiadó. Budapest, 2005. 310.

p.

³² Vö. uo.

³³ Vö. *Nagy*: i.m. 2005. 315. p.

társadalmi rendjét alapul vevő jogtárgyharmonikus értelmezés szerint a kerítés a passzív alanyok számától függetlenül természetes egységnek kellene, hogy minősüljön, a kitarthatósághoz és az üzletszerű kéjelgés elősegítéséhez hasonlóan.

Ez azonban már természetesen nem vonatkozhat az erőszakkal vagy kvalifikált fenyegetéssel elkövetett kerítésre [Btk. 207. § (3) bek. b) pont], amelynél az egyén önrendelkezése is sérül, ezért a passzív alanyok száma szerinti halmaztat megállapítása indokolt.

A prostitúciós bűncselekményektől eltérően, a nemi erkölcs jogtárgyszerepének egyértelmű felülírása jelentkezik abban a töretlen gyakorlatban, amely szerint az *erőszakos közösülés, a szemérem elleni erőszak és a megrontás* rendbelisége a passzív alanyok száma szerint minősül. Ennek oka, hogy e bűncselekmények jogi tárgyának valójában nem a nemi erkölcsöt, hanem már hosszú ideje a szexuális önrendelkezést, valamint a gyermek szexuális fejlődését tekintjük, amelyek individuális jogtárgyként foghatók fel. Ez indokolja a passzív alanyok számának figyelembe vételét. Ha ezekben a cselekményekben is pusztán nemi erkölcs elleni támadásokat látnánk, akkor a prostitúciós bűncselekményekhez hasonlóan természetes egységként kellene őket kezelnünk.

V. Összegzés

Az előadás végére érve összefoglalnám, hogy a jogtárgyharmonikus értelmezés elvileg milyen következményekkel járhat az uralkodó jogértelmezésre, illetve hogyan viszonyulhat a törvény szövegéhez és a felelősséget megalapozó, illetve súlyosító analógiához a magyar büntetőjogban.

A teleologikus értelmezés – álláspontom szerint – lényegében négyféle következménnyel járhat:

- *Amennyiben a kívánt célnak megfelel a törvény szövege és annak elfogadott értelmezése, akkor semmilyen változtatás nem indokolt.* Erre egyszerű példa lehet a lopás klasszikus tényállása, amelynek az elkövetési tárgya csak értékkel bíró ingó dolog lehet. Ez az uralkodó jogértelmezés megfelel a tényállással védelmi céljának. Ide sorolható a már ismertetett esetek közül a lakásnak mint a magánlaksértés elkövetési tárgyának, illetve a levéltitok megsértése esetén a felbontásnak mint elkövetési magatartásnak az értelmezése.

- *Amennyiben a törvényi tényállás teleologikus értelmezése nincsen összhangban az uralkodónak mondható jogértelmezéssel, akkor – a törvény szövegének keretei között – a jogi tárgy védelmi igényével adekvát értelmezést szükséges megadni.* A lopás után a sikkasztással kapcsolatban említhető, hogy a norma védelmi céljának sajnos ellentmond az 1/2005. BPJE határozat által kötelezőként adott értelmezés, miszerint a sikkasztás elkövetési tárgya a sajátjaként rendelkezéssel megvalósuló fordulat esetén is csak ingó dolog lehet, ingatlan pedig nem. További példaként említhető a kerítés rendbeliségének kérdése, vagy az az abszurdnak mondható értelmezés, amely szerint lényegében halott ember is lehet a segítségnyújtás elmulasztásának passzív alanya. Ezekben az értelmezési kérdésekben a jövőben indokolt lenne az adott bűncselekmény jogi tárgyának pontos figyelembe vétele.

- *Előfordulhat, hogy a jogalkotó által deklarált jogi tárgy nincs összhangban a törvényi tényállással, a törvényi rendelkezés valójában nem azt védi, amit a jogalkotó azzal védeni kíván, s ezen csak jogalkotással, törvénymódosítással lehet segíteni.* Itt említhető a vérfertőzés bűncselekménye, amelynek tényállása valójában egyik a jogalkotó által deklarált és az Alkotmánybíróság által is elfogadott jogi tárggyal sincs összhangban. Így nem mutat megfelelő korrelációt sem a családi kapcsolatok, sem a házasság, sem az ifjúság védelmével, sem pedig a leszármazás genetikai védelmével.³⁴

³⁴ Lásd Szomora Zsolt: Dilemmák a vérfertőzés jogi tárgyai kapcsán. Állam- és Jogtudomány. 2007/4. 589-614. p.

- Előfordulhat továbbá, hogy a törvényi rendelkezés szövege alá sehogy sem szubszumálható egy olyan – adott esetben új – jelenség, amely büntetendőségét egyébként a rendelkezés védelmi célja megkívánná. Ebben az esetben is kizárólag törvénymódosítás kerülhet szóba, az analógia az elkövető terhére nem fogadható el. Klasszikus példái ezen esetkörnek a lopás elkövetési tárgyának kiterjesztése a villamos energiára, az ittas járművezetés mellett a kábítószerrel bódult állapotban történő gépjárművezetés büntetni rendelése, amely esetekben megfelelő jogalkotói lépésre került sor.³⁵ A legújabb időkből pedig említhető az ún. „wifi-lopás” (azaz a vezeték nélkül internethálózatra való jogosulatlan rácsatlakozás) jelensége, amelyre a lopás tényállása az analógia tilalmának megsértése nélkül egyelőre nem terjeszthető ki.³⁶

³⁵ Vö. Nagy: i.m. 2008. 51. p.

³⁶ Ehhez lásd Blutman László – Karsai Krisztina – Katona Tibor: Miért nem lehet a vezeték nélkül internet a lopás elkövetési tárgya. Bűnügyi Szemle. 2008/1. 42-49. p.

Téglási András

Kondorosi Ferenc: Jogalkotás a XXI. század hajnalán*

Kondorosi Ferenc egyetemi docens, kormánybiztos *Jogalkotás a XXI. század hajnalán* című munkája átfogó tanulmány a joggal, jogalkotással foglalkozó, vagy behatóbban foglalkozni kívánó elméleti és gyakorlati szakemberek számára egyaránt. A szerző gyakorlatilag egyetlen kötetben foglalja össze a XXI. század elején a jogalkotás előtt álló – hazai és nemzetközi – problémákat, kihívásokat. A mű mellett, hogy rengeteg tényanyagot is tartalmaz – amely alapján akár egy jogalkotási „kislexikonnak” is tekinthető –, több jogesetet és aktuális kérdéskört is az olvasó elé tár.

A könyv szerkezetileg jól tagolt, világos, könnyen áttekinthető a laikus olvasó számára is. Az első részben a szerző a hazánkban 1988-tól meginduló törvényhozási folyamatot mutatja be, annak hármas feladatával együtt. Ennek a jogalkotási folyamatnak ugyanis az elsődleges feladata az új politikai rendszer közjogi kereteinek megváltoztatása volt, de emellett meg kellett teremteni a magántulajdonon alapuló piacgazdaságot is, továbbá a büntetőjog anyagát is – a gazdasági és politikai változásoknak – megfelelően módosítani kellett. A szerző részletesen felsorolja azokat a törvényeket, amelyek által gyakorlatilag hazánkban létrejött az alkotmányos jogállam, és emellett kialakultak a demokratikus politikai rendszer jogi keretei (11–17. pp.). Ez a rész remekül foglalja össze a rendszerváltás során, illetve azt követően meghozott – a közjogi rendszerváltás szempontjából – legjelentősebb törvényeket. Külön kitér a bíróságokat érintő módosításokra, és azokat részletesen is elemzi, hiszen 1989–90-ben alapvető problémaként jelentkezett a bíróságok – a szocializmusban igencsak mélypontra süllyedt – tekintélyének helyreállítása. A bíróságok mellett azonban a szerző kitér az ügyészséget, a közjegyzőket és az ügyvédséget érintő jogszabály-módosításokra is, átfogó képet adva a jogászság e rétegeire vonatkozó joganyag kialakulásáról és jelenlegi állapotáról. Külön részletezi a hazánkban már a '90-es évek elejétől meginduló jogközelítési – majd később – jogharmonizációs folyamatokat, az Európai Unióhoz és a NATO-hoz való csatlakozáshoz vezető jogalkotási munkálatokat. Helyesen emeli ki a jogharmonizációs célú jogalkotási feladatok teljesítése szempontjából kiemelt fontosságú központi kormányzati koordinációt is.

A rendszerváltást követő jogszabály-módosítások után a szerző a leglényegesebb ágazatokban bekövetkező változásokról átfogó adatbázist tár az olvasó elé. Áttekintést ad többek között az egészségügy, a fogyasztóvédelem, az energiaszektor, a közlekedés, a hírközlés, a távközlés, a közoktatás, a kulturális-, sport- és agrárigazgatás szabályozásának fejlődési ívéről. Ennek mintegy lezárásaként a szerző külön fejezetben összegzi főbb tapasztalatait a hazánk, államszocializmustól az Európai Unió tagjává válásáig bejárt jogalkotási „útján”. A kép alapvetően pozitív, hisz jogalkotási lemaradásaink – a szerző szerint – lassan megszűnnek, ám helyesen történik arra utalás, hogy a feladatok ezzel nem szűntek meg, ugyanis a jogalkotásban továbbra is érvényesíteni kell a hatékonyságot, elkerülve lehetőleg a felesleges (túl)szabályozást.

A könyv ezt követően épp ennek elkerülési módjával, azaz a hatékony jogi szabályozás („better regulation”) kulcskérdéseivel foglalkozik. Rávilágít a mai magyar jogalkotás alapvető, legfontosabb kérdéseire, amelyeket a jog hatékonyságának megítélése során figyelembe kell venni. Ezek közül az egyik – ha nem a legjelentősebb – a politika felelősségének kérdése a jogalkotásban, illetve az a kérdés, hogy honnantól tekinthető ez a folyamat a jogi-közigazgatási szakmai teljesítmény által befolyásoltnak (49. p.). Külön figyelemre méltó, hogy Kondorosi Ferenc jogász létére – vagy éppen ebből kifolyólag – azt hangsúlyozza, hogy a jog csak az *egyik*, és semmiképpen sem kizárólagos eszköze a konfliktusok kezelésének, és megalkotása

* Magyar Hivatalos Közlönykiadó, Budapest, 2007

során figyelembe kell venni a laikus, nem jogász végzettségűek szempontjait is. Aktuális és napjainkban szinte közszájon forgó problémára utal a szerző, amikor a normaalkotás kapcsán annak hatásairól beszél. A jogi szabályozás szükséges mértékűre szorítása mellett ugyanis az Európai Unió másik fontos jogpolitikai elve a hatásvizsgálat. Ezzel kapcsolatban rengeteg kritika hangzik el a napi sajtó szintjén is, az érdekképviseltek szinte állandóan amiatt tiltakoznak, hogy a törvények anélkül lépnek hatályba, hogy annak tényleges hatásairól legalább a jogalkotónak konkrét ismerete lenne. Holott – ahogy a tanulmány is leszögezi – a jog valódi célja az emberek életének jobbá tétele. Mindez nehezen valósítható meg az adott jogi norma hatásaival kapcsolatos ismeretek teljes hiányában.

Kondorosi Ferenc a hazai jogalkotásban elsősorban a közigazgatásban tapasztalható problémákra mutat rá. Még a laikus olvasó számára is nyilvánvaló, hogy olyan aktuális és reális képet ad a közigazgatási szervek működésével kapcsolatos problémákról, melynek átlátására csupán egy, a közigazgatásban hosszú évekig tevékenykedő, annak minden részletébe belelátó szakember lehet képes – legalább is ilyen mértékig –, még hozzá mindezt az elmélet oldaláról, tudományos igénygel megfogalmazva. A munka tudományos értékét tovább növeli, hogy a problémákat nem csupán felvillantja, hanem egyúttal megoldási kulcsot is nyújt a hatékony feladatellátás, a minőségi jogalkotás érdekében. A hatékony jogalkotás azonban nemcsak a közigazgatási szerveken belüli munka javításától függ, hanem szükség van a szabályozás minden lehetséges stádiumában a szabályozással érintett érdekképviselői csoportokat is bevonni a norma-előkészítés folyamatába. Sőt, a szerző szerint ezen túlmenően a folyamatos külső civil kontroll is célszerűnek mutatkozna, amit a nyugat-európai országok gyakorlata is alátámaszt. Ezeknek a problémáknak a megoldására a mű később konkrét *de lege ferenda* javaslatokat is tesz.

Egyetemi oktatóként felettébb hasznos volt olvasni egy, a gyakorlat mellett az egyetemi oktatásban is már jelentékeny tapasztalatokkal rendelkező jogi szakember tanácsait a hazai jogászképzés javítására nézve.

A minőségi jogalkotás fejlesztésére tett javaslatait követően Kondorosi Ferenc rátér a közjogi jogalkotás kérdéseire, ezek közül is elsőként a legfontosabbra, azaz egy új alkotmány megalkotásának szükségességére. Megkerülhetetlen problémának tekinti a mű az Alkotmánybíróságról szóló új törvény megalkotását, nem kevésbé magának a jogalkotásról szóló törvénynek, illetve a választási rendszer egészének korszerűsítését.

Kondorosi Ferenc rámutat arra is, hogy számos olyan kérdés, aminek az Alkotmányban lenne helye, „csak” az Alkotmánybíróságról szóló törvényben vagy a Jogalkotásról szóló törvényben kapott helyet. Mindennek a szerző garanciális jelentőséget is tulajdonít a jogállamiság szempontjából. Számos *de lege ferenda* javaslat olvasható a választási rendszerünk, valamint a pártokra vonatkozó szabályozás – az Alkotmánybíróság határozataira, illetve a nemzetközi gyakorlatra tekintettel történő – megreformálására is (érintve többek között olyan „örökzöld slágertémákat” is, mint például a pártfinanszírozás. Érdekesség ezzel kapcsolatban, hogy a szerző kitér a természetes személyek pártok részére történő adományozására is, melynek teljes kizárását a tulajdonnal való rendelkezési jog alkotmányellenes korlátozásának tartaná. 74. p.)

A magyar jogalkotás múltjáról és jelenéről adott átfogó és – szinte – teljes körű képet követően a nemzetközi szintén történő jogalkotás is előtérbe kerül. Elsőként a könyv az Unióhoz való viszonyunkat tárgyalja, kiemelt figyelemmel az ún. csatlakozási klauzulára (79–82. pp.).

Rendkívül fontos kulcskérdés a jogalkotás, alkotmányozás terén az alapjogok kérdése. Nem véletlen, hogy az Unió is megalkotta már a saját Alapjogi Chartáját, melyet összhangba kell(ett) hozni a magyar Alkotmánnyal. A könyv természetesen erre is kitér, sőt, a szerző az ezzel kapcsolatos legfontosabb tapasztalatait is megosztja az olvasóval. Az alapjogvédelem rendszerében az Alapjogi Charta mellett kiemelkedően fontos az Emberi Jogok Európai

Egyezménye, és annak hatása a magyar jogrendszerre és bírói gyakorlatra. Köztudott, hogy ez az egyezmény 1993-ban vált a magyar jogrendszer részévé, ami egyben azt is jelenti, hogy innentől kezdve a felek a magyar bíróságok előtt is közvetlenül hivatkozhatnak ennek rendelkezéseire. Ezt az Alkotmánybíróság is megerősítette az 58/1995 (IX. 15.) számú határozatában. A magyar bíróságok szerepe pedig azért is kiemelkedő az Egyezmény alkalmazásában, mert adott esetben ők – azaz a bíróságok – akadályozhatják meg a panaszosok nemzetközi szervezetekhez való benyújtását azzal, hogy maguk orvosolják a más állami szervek által elkövetett jogsértéseket. A szerző több jogeseten keresztül is elemzi az Egyezmény hatását a magyar ítélkezési gyakorlatra, mely hasznos forrásul szolgál a gyakorlati jogászok, főként a Strasbourg-i Bírósághoz fordulni szándékozók részére is, hiszen többek között részletesen ismerteti az eljárási szabályokat, valamint az Egyezmény talán legfontosabb cikkét, a 6. cikket. Ezt a cikket, mely a tisztességes eljáráshoz való jogot foglalja magában, több aspektusból is vizsgálja a szerző (az általános követelmények mellett a büntetőeljáráshoz kapcsolódó különleges garanciák szempontjából is), mindezt nem pusztán a száraz joganyag, hanem a Bíróság színes és gazdag esetjogán keresztül, ideértve a 6. cikk kapcsán hozott magyar vonatkozású ügyeket, ítéleteket is. Emellett a könyv érdekes statisztikai adatokkal is szolgál az olvasónak a Strasbourg-i Bíróság elé került magyar ügyek kapcsán.

A kép nem lenne teljes, ha a könyv nem térne ki az Egyezmény és a közösségi jog közötti kapcsolatra. A szerző jól követhetően végigvezeti azt a(z) – alapjogvédelem terén megfigyelhető – fejlődési ívet, amely az Európai Bíróság gyakorlatában az Emberi Jogok Európai Egyezményére történő mind gyakoribb hivatkozásokon keresztül elvezetett az Unió Szerződésének 6. cikkéhez, majd végül az Alapjogi Charta megalkotásához. Külön kiemelés kap a Hauer-ügy, amelyben az Európai Bíróság felállította a tulajdonjog közösségi korlátozásának kritériumait (125. p.).

Emberi jogok témakörben kutatóként különös érdeklődéssel olvastam a könyv „Emberi jogok és értékek” című fejezetét, mely nemcsak címében, hanem tartalmában is „értékes”. Kondorosi Ferenc ugyanis pár oldalban foglalja össze az emberi jogok szinte teljes történetét, főbb eszmétörténeti vonalait. Az emberi jogok hierarchikus megközelítését a nemzetközi és az Európa-jog vonatkozásában taglaló részben a szerző több jelentős összefüggésre is rámutat. Kérdésként veti fel, hogy vajon van-e olyan emberi jog, amely előtt minden más jognak meg kell hajolnia. Az élethez való jog értelemszerűen olyan emberi értéket véd – az életet –, amelynek hiányában más emberi jogok nem gyakorolhatók. Érdekes kérdést vet fel azonban az élethez való jog és a tulajdonhoz való jog egymáshoz való viszonya, azaz elsőbbséget élvez-e az egyik ember élethez való joga egy másik ember tulajdonhoz való jogával szemben. Ha így lenne – mutat rá a szerző –, akkor a tulajdonosnak önzetlenül biztosítania kellene minden nincstelen létfenntartási szükségleteit, az éhező pedig nem lenne büntethető az életben maradásához szükséges javak eltulajdonítása miatt. Ennek kiküszöbölésére tartalmazza az Emberi Jogok Európai Egyezményének 17. cikke a joggal való visszaélés tilalmaként azt a rendelkezést, miszerint az Egyezményben biztosított jogokat nem lehet úgy értelmezni, hogy azok bárki számára jogot biztosítanak olyan cselekedet végrehajtására, amely mások Egyezményben biztosított jogainak megsemmisítésére irányul. Az európai felfogás szerint a tulajdonhoz való jog védelme nem indokolhatja az élet kioltását. Ennek tükrében meglepő, hogy az amerikai tulajdonfelfogás ezt is elfogadja, a Polgári és Politikai Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya pedig csak az élet kioltásának önkényességét tiltja, de nem szab az európaihoz hasonló szűk kereteket (143. p.).

Napjainkban – különösképpen 2001. szeptember 11-ét követően – különös hangsúlyt kapnak a biztonság tényezői a jogalkotásban. A szerző erre külön fejezetet szentel, és – hazánk joggyakorlatát is érintve – néhány konkrét példán keresztül mutatja be a humán biztonság és az emberi jogok viszonyát.

A könyv végigolvasása során nem csupán a tételes joganyaggal ismerkedhettem meg, hanem olyan érdekes és kifejezetten aktuális kérdésekről is olvashattam, mint a terrorizmus, és annak (kettős) veszélye az emberi jogokra. Mindamellet az olvasó átfogó képet kap a hazai jogalkotás jelenlegi helyzetéről, hisz a könyv kitér a polgári, a büntető és a gazdasági jogalkotás aktuális problémáira is. Olvashatunk az új Ptk. és Btk. még tervben lévő, a gazdasági társaságok kapcsán viszont már megvalósuló jogalkotási koncepciókról. Ugyanúgy elemzésre kerülnek az uniós jogalkotás terén – elsősorban finn elnökség alatt – elért eredmények, előrevetítve azonban az uniós jogalkotás előtt álló kihívásokat és feladatokat. Végül azáltal, hogy hazai jogalkotásunk nem függetleníthető az uniós jogalkotástól, hanem épp ellenkezőleg: arra folyamatosan tekintettel kell lennünk, a szerző a kötet végén a jogharmonizáció hazai módszertanát is behatóan elemzi.

Összegezve elmondhatjuk, hogy Kondorosi Ferenc műve rendkívül aktuális és olyan időszerű kérdéseket feszeget így a XXI. század elején, melyek nemcsak a jogalkotás folyamatában ténylegesen résztvevők számára, hanem a jog bármely területén – akár az elmélet, akár a gyakorlat oldalán – tevékenykedők számára is hasznos információkkal szolgálhatnak, hisz gyakorlatilag minden jogágra kiterjedően mind uniós, mind hazai szinten szinte teljes körű képet ad az adott jogágazat szabályozási múltjáról, jelenéről és (tervezett) jövőbeli koncepcióiról.

Tóth J. Zoltán

A halálbüntetés utolsó harminc éve Magyarországon: az 1961. évi V. törvénytől az alkotmánybírósági abolícióig

1961 előtt a magyar büntetőjogban kaotikus állapotok uralkodtak: már az egyszerre felszabadulást és megszállást jelentő szovjet bevonulást közvetlenül követően törvények, törvényerejű rendeletek és rendeletek sokasága írt elő rendkívül szigorú szankciókat (így nagyon gyakran halálbüntetést) különböző, mai szemmel elhanyagolható jelentőségűnek tűnő bűncselekményekre. E jogszabályok azonban nemcsak (sőt nem elsősorban) anyagi jogi szabályozással okoztak zavart, hanem az ezen normák megsértése esetén irányadó eljárási rendelkezéseikkel is. Az említett helyzetet jól jellemzi, hogy az 1945-ös évet követő esztendőben ötféle bíróság is kiszabhatott meghatározott deliktumok megállapítása esetén akár halálbüntetést is: így joguk volt erre a rendes bíróságokon kívül a népbíróságoknak, az uzsorabíróságoknak, a rögtönítélő bíróságoknak, valamint a haditörvényszékeknek. Az '50-es évek e tekintetben kevés változást hoztak: bár 1950-től a büntetőjogi helyzet a felszínen (a jogszabályok szintjén) rendeződni látszott, valójában azonban (a felszín alatt) a büntetőjogi normák alkalmazása áttekinthetetlen volt, amit a legjobban a koncepciók perke léte bizonyít. 1956-tól pedig az addig sem igen bújtatott terror nyílt megtorlásba csapott át: ismét kihirdették az 1953-ban megszüntetett statáriumot,¹ továbbá létrehoztak egy, a magyar történelemben addig ritkán alkalmazott büntető eljárási formát, a gyorsított eljárást,² ennek utódjaként pedig újra bevezették a népbíraskodást.³

Mindezek a kaotikus viszonyok 1961-ig, a forradalomban résztvevőkkel szembeni megtorlás végéig tartottak; ezt követően a helyzet normalizálódni kezdett.⁴ Az 1961-es év nemcsak amiatt jelentett fordulópontot a büntetőjog magyarországi történetében, mert a különleges bíraskodás ebben az évben egyszer s mindenkorra megszűnt, hanem azért is, mert 80 esztendő után megszületett⁵ hazánk második egységes és átfogó, a büntetteknek immáron

¹ A statáriumot 1956. december 11-én az 1956. évi 28. törvényerejű rendelet hirdette ki (a hatályba lépést a tvr. 1. §-a szokatlan pontossággal adta meg: 1956. december 11. 18 óra); ennek alapján pedig négy nappal később Miskolcon már meg is hozták és végre is hajtották az első halálos ítéletet.

² A gyorsított eljárást (bár magát ezt az elnevezést még nem tartalmazta) az 1956. november 12-én kihirdetett és hatályba lépett 1956. évi 22. tvr. vezette be. Ezt azonban sokkal részletesebb szabályozásával hamarosan felváltotta (és ezzel hatályon kívül helyezte [lásd: 8. § (2) bek.!]) a gyorsított büntető eljárás szabályozásáról szóló 1957. évi 4. tvr., amely a halálbüntetés alkalmazhatóságán kívül visszaható hatállyal is rendelkezett.

³ Ezt az ítélkezési formát a népbírósági tanácsokról és a bírósági szervezet, valamint a büntető eljárás egyes kérdéseinek szabályozásáról szóló 1957. évi 34. tvr. vezette be újra, de arra nem hozott létre önálló törvénykezési szervezetet, hanem a népbíraskodással kapcsolatos feladatok ellátását a rendes bíróságok keretében működő külön tanácsokra bízta.

⁴ Az utolsó, 1956 miatti kivégzésre 1961. július 15-én került sor; ezzel végérvényesen véget ért a terror időszaka. Az 1956. november 4. és 1962. december 31. közötti időszakban mindösszesen 341 személyt végeztek ki, közülük 229-et bizonyítottan a forradalomhoz kapcsolódó deliktum miatt. (Az adatok forrása: Zinner Tibor: A kádári megtorlás rendszere. Hamvas Intézet, Budapest, 2001, 421-423. és 436. o.)

⁵ Ez a megszületés egy viszonylag hosszú folyamatot jelentett. Már 1950-ben, a Btá. megalkotásakor felmerült az igény egy vadonatúj, a szocializmus szellemének megfelelő szabályokat tartalmazó büntető törvénykönyvre, azonban az új kódex megalkotásához mégis csak 1953-ban fogtak hozzá, amikor az 514/15/1953. MT. számú határozat elrendelte a szocialista Btk. létrehozására létesítendő kormánybizottság felállítását, élén az igazságügy-miniszterrel. A bizottság 1954 januárjától dolgozott, azonban a munkát az 1956-os események egy évre megszakították. Az első tervezet végül is 1959 júniusára készült el, majd a felkért szakértők által megfogalmazott észrevételek alapján egy újabb, elméleti és gyakorlati jogászokból álló bizottság 1960-ra megalkotta a második,

(országunk történetében először) teljes körét (ideértve az állam elleni és a katonai bűncselekményeket is) szabályozó büntető törvénykönyve, az 1961. évi V. törvény.⁶ Ez az átfogó jelleg egyszerre mind azt is jelentette, hogy az új Btk. hatályba lépésével hatályukat veszítették mindazon jogszabályok, melyek külön törvényekben nyilvánítottak bármely magatartást büntetendőnek, illetve írtak elő bármely cselekményre büntetőjogi szankciót, és Magyarországon Btk.-n kívüli büntető anyagi rendelkezések ezt követően soha többé nem is alkottak.

Az új Btk. – a kor viszonyaiból következően – „természetesen” ismerte a halálbüntetést [35. § (1) bek. 1. pont], azonban azt (a korábbi évtizedek általános gyakorlatával ellentétben) semmilyen esetben sem írta elő abszolút szankcióként. Minden egyes olyan különös részi tényállás esetében, amelynek megvalósítása halálbüntetést is maga után vonhatott, alternatív büntetésként alkalmazható volt a tíz évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztés is.⁷⁸ A legsúlyosabb szankció létjogosultságát a Büntető Törvénykönyv miniszteri indokolása a Btá.-éhoz nagyon hasonló módon igazolta, eszerint: „A szocialista büntetőjog perspektivikusan elvi okokból a halálbüntetés ellen száll sikra. Ámde mindaddig, amíg fennáll a kapitalista környezet közvetlen és közvetett káros hatása, a szocializmust építő állam nem nélkülözheti a büntetőjog e legszigorúbb eszközét.”⁹ Ugyanerre a következtetésre jut az indokolás a büntetés céljai elemzésének alapján is. A Btk. 34. §-a szerint ugyanis „a büntetés célja: a társadalom védelme érdekében a büntetett miatt a törvényben meghatározott joghátrány alkalmazása, az elkövető megjavítása, továbbá a társadalom tagjainak visszatartása a bűnözéstől”. Mindezt a miniszteri indokolás a halálbüntetésre nézve a következőképpen értelmezi: „Ha a büntetés célja a megtorlás mellett a javítás is, akkor a javaslat csak kivételesen alkalmazhat kizárólagos megtorló jellegű büntetést...” Azonban „a társadalomra veszélyes cselekmények között ... vannak olyanok, amelyeknek absztrakt veszélyessége a védeni kívánt jogtárgy jelentőségét tekintve a halálbüntetéssel fenyegetést is indokoltá teszik. E jogtárgyak: az állam (társadalmi, politikai és gazdasági rendünk), az élet, a társadalmi tulajdon, valamint a fegyveres erők fegyelme és harc képessége. A javaslat ezért a büntetési nemek között a halálbüntetést is ismeri. De a büntetés kiszabásánál, a konkrét bűncselekmény társadalomra veszélyességi fokának a megállapításánál a bíró számára előírja: <<halálbüntetést – ... – akkor kell kiszabni, ha a büntetés célja más büntetéssel nem érhető el>> (64. § (2) bek.)”

A kapitális szankció kivételes jellege elviekben tehát több szinten is érvényesült: az indokolás által az előbbieken meghivatkozott 64. § szabályozásában, amely a súlyosító és

javított változatot. Ezt a tervezetet a 3131/1960. számú kormányhatározat nyilvános vitára bocsátotta, amely vita megállapításainak mérlegelésével és eredményeinek felhasználásával terjesztette be az igazságügy-miniszter a végső változatot az Országgyűlés elé.

⁶ A törvényt 1961. december 22-én hirdették ki, és az 1962. évi 10. tvr. 1962. július 1-jén léptette hatályba.

⁷ A Btk. (egy kivétellel) nem ismerte az életfogytiglani szabadságvesztést; ezt a miniszteri indokolás azzal magyarázta, hogy ha a büntetett nem javítható, akkor kivételes büntetésként halálra kell őt ítélni, ha viszont javítható, akkor indokolatlan őt egész életére megfosztani szabadságától. (Egyébként ugyanezen ok miatt nem tartalmaz a Btk. általában véve határozatlan tartamú büntetéseket sem.) Még a halmazati és az összbüntetés esetében is (37. §) a törvény húsz évben maximálta a kiszabható szabadságvesztés mértékét, és ugyancsak húszéves tartamot írt elő a halálbüntetés kegyelemből átváltoztatásának esetére [36. § (4) bek.] is. Az egyetlen kivétel, ahol az életfogytig tartó szabadságvesztés (köztes alternatívaként a 10-15 évi szabadságvesztés és a halálbüntetés között) a Btk. különös részi tényállásai körében szerepel, az a zendülés egyik, a 316. § (4) bekezdésének második fordulatában meghatározott minősített esete.

⁸ A Btk. – a Btá.-hoz hasonlóan – nem tett különbséget a szabadságvesztés fajtái között, így mindenkivel szemben egységesen börtönbüntetést (illetve a különös rész tényállásainak szavaival egyszerűen csak „szabadságvesztést”) kellett alkalmazni (mindez persze nem jelentette azt, hogy a büntetés-végrehajtási intézetek a különböző bűncselekmények miatt elítéltekkel szemben ne alkalmaztak vagy alkalmazhattak volna a fogva tartásra, az őrizet módjára, a börtönbeli cselekvési lehetőségekre stb. vonatkozóan különböző szabályokat).

⁹ Részletes Indokolás, a 36. §-hoz.

enyhítő körülmények egybevető mérlegelésére ösztönözte a bírót,¹⁰ és ilyen büntetést csak akkor engedett kiszabni, ha a büntetés célját (a generális prevenciót és ezáltal a társadalom védelmét)¹¹ kizárólag ez tudta beteljesíteni; az egyes különös részi tényállások megfogalmazásában, amelyek a halálbüntetést kivétel nélkül alternatív büntetésként szabályozták (vagylagosan a 10-15 év közötti szabadságvesztéssel); a halálbüntetésnek kegyelemből húsz évig terjedő szabadságvesztésre történő átváltoztatásának jogában [36. § (4) bek.]; valamint abban a rendelkezésben, hogy „halálbüntetés csak azzal szemben alkalmazható, aki a büntett elkövetésekor huszadik életévét betöltötte”¹² [36. § (1) bek.].¹³ Végül az Általános Rész keretei között kell megemlíteni a halállal is büntethető bűncselekmények büntethetőségének, illetve a kiszabott halálbüntetés végrehajthatóságának elévülését, amelyek közül mind az előbbi, mind az utóbbi húsz év alatt következett be [31. § a) pont, illetve 58. § (1) bek. a) pont].

Az 1961-es Btk. Különös Része összesen 31 bűncselekményre¹⁴ tette lehetővé¹⁵ halálbüntetés kiszabását: 9 állam elleni, 2 béke és emberiség¹⁶ elleni, 12 katonai és 8 köztörvényes deliktumra. Az állam elleni bűncselekmények (IX. fejezet) közül halállal rendelte büntetni az összeesküvés¹⁷ egyes eseteit;¹⁸ a lázadás¹⁹ minősített eseteit;²⁰ a súlyos hátrányt

¹⁰ „A büntetést – céljának (34. §) szem előtt tartásával – a törvényben meghatározott keretek között úgy kell kiszabni, hogy igazodjék a büntett és az elkövető társadalomra veszélyességéhez, a bűnösség fokához, továbbá az egyéb súlyosító és enyhítő körülményekhez.” [64. § (1) bek.]

¹¹ Mint a 34. § megfogalmazásából látható, a speciális prevenciót a Btk. nem általában veszi fel a büntetés céljai közé, hanem annak pusztán az egyik módját, az ún. „erkölcsi nevelést” (az elkövető megjavítását) kívánja érvényesíteni (az adott elkövető elrettentését /az ún. „jogi nevelést”/ és ártalmatlanná tételét tehát nem; ez utóbbit az egyedi megelőzés vonatkozásában legfeljebb a társadalom védelmének közvetett céljából lehet levezetni, az előbbinek pedig csak a generális prevenció vonatkozásban juttat a Btk. szerepet).

¹² Ez a rendelkezés azonban a katonának minősülő személyekre nem vonatkozott (lásd a 103. § (3) bekezdését!).

¹³ A fiataikorúakra még ehhez az előíráshoz képest is speciális szabályok vonatkoztak; aki ugyanis tizenhatodik életévét már betöltötte, de a tizennyolcadikat még nem, azzal szemben legfeljebb tízévi szabadságvesztést, aki pedig tizenegyedik életévét betöltötte, de a tizenhatodikát még nem, azzal szemben legfeljebb ötévi szabadságvesztést lehetett alkalmazni (93. §); és természetesen immáron más jogszabály sem írhatott elő ezeknél súlyosabb büntetéseket a fiatakorúakkal szemben. (Ha összehasonlítjuk ezeket a büntetési tételeket a hatályos magyar joggal, láthatjuk, hogy – némiképpen meglepő módon – az 1961-es Btk. sokkal enyhébb büntetéseket írt elő a fiatakorúak által elkövetett bűncselekmények esetében, mint a jelenlegi büntető törvénykönyv).

¹⁴ A büntett és a vétség elhatárolása továbbra sem létezik (azokat már a Bt. sem határolta el), ezért a következőkben ezen *terminus technicusok* használatát az 1961:V. törvény vonatkozásában mellőzöm, kivéve ott, ahol maga a Btk. (némi következtelenséget mutatva) saját maga is használja azt mint a „bűncselekmény” szinonimáját.

¹⁵ Mivel a halálbüntetés alkalmazása – a korábban elmondottak értelmében – soha nem volt kötelező, ezért a következőkben mellőzzük az utalást arra, hogy minden tényállás megvalósítójával szemben alternatív büntetésként (halálbüntetés helyett) tíz évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztés is kiszabható volt.

¹⁶ A „humanity” vagy „humanité” fogalmának jelentései közül sem az 1961-es, sem később az 1978-as Btk. nem a ma bevettként ismert és általánosan helyesnek elfogadott „emberiség” kategóriáját, hanem az „emberiség” mint a Föld népeinek összessége fogalmát használja.

¹⁷ Az összeesküvés „a Magyar Népköztársaság állami, társadalmi vagy gazdasági rendjének megdöntésére, aláásására vagy gyengítésére irányuló” tevékenység [116. § (1) bek.].

¹⁸ Az összeesküvés kezdeményezője és vezetője abban az esetben volt halállal büntethető, ha az összeesküvéssel összefüggően olyan egyéb bűncselekményt is elkövetett, amely nyolc évinél hosszabb tartamú szabadságvesztéssel volt büntetendő, ha az összeesküvés az állami, társadalmi vagy gazdasági rendet súlyosan veszélyeztette, továbbá ha az összeesküvést fegyveresen, avagy háború idején követték el [116. § (3) bek.]. Ugyanez a szankció az összeesküvés résztvevőjével és támogatójával szemben akkor volt alkalmazható, „ha az elkövető az összeesküvéssel összefüggően olyan büntetett követett el, amelyre a törvény nyolc évet meghaladó szabadságvesztést állapít meg” [117. § (3) bek.].

¹⁹ Lázadást a Btk. 120. § (1) bekezdése szerint az követ el, „aki a Magyar Népköztársaság állami vagy társadalmi rendjének megdöntésére vagy gyengítésére irányuló tömegzavargást szervez vagy vezet”.

²⁰ Így a lázadás halállal is büntethető, ha az a közrend súlyos megzavarására vezetett, illetve ha azt felfegyverkezve vagy háború idején követték el [120. § (2) bek.].

okozó és a háború idején elkövetett kártevést²¹ [124. § (2) bek.]; a különösen súlyos hátrányt okozó, továbbá a közveszélyt előidéző módon és a háború idején elkövetett rombolást²² [125. § (2) bek.]; a merényletet;²³ a súlyos következményekre vezető, valamint az állami szolgálat vagy hivatalos megbízatás felhasználásával, illetve a háború idején megvalósított hazaárulást²⁴ [129. § (2) bek.]; az ellenség támogatását;²⁵ a kémkedés egyik elkövetési magatartásának minősített eseteit;²⁶ valamint mindezen cselekményeket akkor is, ha azt nem a Magyar Népköztársaság, hanem más szocialista állam sérelmére követték el.²⁷ Az emberiség elleni bűntettek (X. fejezet) közül ugyancsak halál járt volna annak, aki népirtást,²⁸ illetve aki a háborús kegyetlenkedés deliktumának minősített esetét²⁹ követte volna el, de ilyen cselekmények megvalósítására Magyarországon – szerencsére – sem az 1961-es, sem a jelenlegi Btk. hatálya alatt soha nem került sor.

A katonai bűntettek (XVII. fejezet) 12 fajtáját rendelte halállal büntetni a Btk. A katonai szolgálati kötelezettség elleni bűntettek közül ilyen szankció volt alkalmazható a háború idején elkövetett szökésre³⁰ [312. § (2) bek. b) pont], a külföldre szökés minősített eseteire,³¹ valamint a háború idején elkövetett „kibúvás a katonai szolgálat teljesítése alól”³² deliktumára [315. § (1) bek.]. A függelemsértés tényállásai közül szintén kapitális szankcióval volt büntethető a

²¹ A 124. § (1) bekezdése értelmében a kártevés deliktumát az követi el, „aki a Magyar Népköztársaság állami, társadalmi vagy gazdasági rendjének aláásása vagy gyengítése céljából hivatala, szolgálata vagy közmegbízatása körében tevékenységével, illetőleg kötelessége teljesítésének elmulasztásával vagy nem megfelelő teljesítésével jelentős hátrányt okoz”.

²² „Aki a Magyar Népköztársaság állami, társadalmi vagy gazdasági rendjének gyengítése céljából közművet, termelő-, közforgalmú vagy hírközlő üzemet vagy berendezést, középületet vagy építményt, termék- vagy terménykészletet, hadianyagot avagy rendeltetésénél fogva hasonlóan fontos más vagyontárgyat megsemmisít, használhatatlanná tesz vagy megrongál”, a rombolás állam elleni bűncselekményét követi el [125. § (1) bek.].

²³ Merénylet miatt halállal büntethető, „aki az államhatalmi szerv tagját, állami szervnél vagy társadalmi szervezetnél irányító szerepet betöltő személyt a szocializmus érdekében kifejtett tevékenysége miatt megöli” [126. § (1) bek.], illetve aki az ilyen személy sérelmére halált okozó testi sértést követ el [126. § (2) bek.].

²⁴ Hazaárulást az a magyar állampolgár követ el, aki „abból a célból, hogy a Magyar Népköztársaság függetlenségét, területi épségét, politikai, gazdasági, honvédelmi vagy más fontos érdekét sértse, külföldi kormánnyal vagy külföldi szervezettel, avagy ezek megbízottjával érintkezésbe bocsátkozik, szövetségre lép vagy együttműködik” [129. § (1) bek.].

²⁵ „Aki háború idején a Magyar Népköztársaság katonai erejének gyengítése céljából az ellenséggel érintkezésbe bocsátkozik, annak segítséget nyújt, vagy a saját, illetőleg a szövetséges fegyveres erőnek hátrányt okoz, tíz évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztéssel vagy halállal büntetendő.” [130. § (1) bek.]

²⁶ „Aki a Magyar Népköztársaság hátrányára felhasználható adatot abból a célból szerez meg, gyűjt vagy szolgálatot ki, hogy az adat külföldi kormánynak, külföldi szervezetnek vagy ezek megbízottjának tudomására jusson” [131. § (2) bek.], halállal büntethető, ha azt államtitok tekintetében, ha azt rendszeresen, ha azt kémszervezet tagjaként, avagy háború idején követte el [131. § (3) bek.].

²⁷ „Más szocialista állam elleni bűntettek” – Btk. 133. §.

²⁸ 137. § (1) bekezdés: „Aki valamely nemzeti, népi, faji vagy vallási csoport teljes vagy részleges kiirtása céljából a) a csoport tagját megöli, b) a csoportot olyan életfeltételek közé kényszeríti, amelyek azt vagy annak egyes tagjait pusztulással fenyegetik, c) olyan intézkedéseket tesz, amelyek célja a csoporton belül a születések meggátolása, d) a csoporthoz tartozó gyermekeket más csoportba elhurcolja, tíz évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztéssel vagy halállal büntetendő.”

²⁹ A „háborús kegyetlenkedés” deliktumának elkövetője az, „aki háború idején a nemzetközi jogszabályok megsértésével a védtelen polgári lakosságot, a menekülteket, a sebesülteket, a betegeket, a fegyveres erő azon tagjait, akik a fegyvert már letették, továbbá a hadifoglyokat embertelen bánásmódban részesíti” [139. § (1) bek.]. E cselekmény akkor volt halállal büntethető, ha a büntett halált okozott [139. § (2) bek.]

³⁰ Szökést követ el, „aki abból a célból, hogy katonai szolgálatának teljesítése alól végleg kivonja magát, szolgálati helyét önkényesen elhagyja vagy attól távolmarad” [312. § (1) bek.].

³¹ Eszerint az volt halállal büntethető, aki fegyveresen, több katonával együttesen, a szolgálati ténykedés felhasználásával vagy háború idején szökött külföldre [313. § (2) bek.].

³² A 315. § (1) bekezdése szerint ezt a bűncselekményt az követi el, „aki katonai szolgálatának teljesítésére testének megcsonkításával vagy egészségének megrongálásával magát véglegesen alkalmatlanná teszi, illetve abból a célból, hogy katonai szolgálatának teljesítése alól magát végleg kivonja, betegséget színlel vagy más fondorlatot használ”.

zendülés³³ néhány minősített esete;³⁴ a „parancs iránti engedetlenség” azon elkövetője, aki a szolgálati parancsok közül a harci parancsot nem teljesítette [317. § (3) bek.]; valamint az „előjáró és szolgálati közeg elleni erőszak”³⁵ azon tettese, aki a büntettet harchelyzetben követte el, illetve aki a cselekményével egyúttal szándékos emberölést is megvalósított [318. § (4) bek.]. A szolgálati büntettek két fajtájára járt a halálbüntetés: az őrutasítás (szándékos) megszegésére,³⁶ ha azt harchelyzetben követték el, és abból különösen nagy hátrány származott [326. § (3) bek.], valamint a készenléti szolgálat szabályainak (ugyancsak szándékos) megszegésére,³⁷ ugyanezen feltételek esetén [327. § (3) bek.]. Végül a harcképességet veszélyeztető büntettek közül úgyszintén halál járhatott a „harchelyzetben elkövetett parancsnoki kötelességszegés” bűncselekményére;³⁸ a „kibúvás a harci kötelesség teljesítése alól” deliktumára³⁹ (vagyis az egykori „gyávaság” elnevezéssel illetett tényállásra); a harckészültség veszélyeztetésének⁴⁰ minősített esetére;⁴¹ valamint e büntetést lehetett kiszabni a hadikövet elleni erőszak azon elkövetőjével szemben is, aki a hadikövetet vagy kísérőjét megölte [338. § (2) bek.].

Utójára hagyva a halállal büntethető köztörvényes bűncselekményeket, azokat két csoportra oszthatjuk. Az egyik (kisebb) csoportba tartoznak azok a deliktumok, amelyek közvetlenül vagy közvetve az emberek élete (esetleg más fontos személyes javai /testi épsége, szabadsága stb./) ellen irányulnak, a másikba pedig azok a cselekmények tartoznak, amelyek elsődlegesen a társadalmi tulajdont mint a szocializmusban kiemelt tulajdoni formát támadják és veszélyeztetik. Az előbbi kategóriába sorolható egyrészt az emberölés, amelynek jogi tárgya

³³ A 316. § (1) bekezdése szerint zendülést valósít meg, „aki több katonával együttesen az előjáró szolgálati parancsa, vagy általában a szolgálati rend vagy fegyelem ellen irányuló nyílt ellenszegülésben részt vesz”.

³⁴ Halállal volt szankcionálható a zendülés kezdeményezője, szervezője és vezetője, ha az ellenszegülés különösen súlyos következményekre vezetett [316. § (3) bek. a) pont]; a zendülés azon résztvevője, akinek a zendülés során elkövetett cselekménye másnak halálát okozta vagy egyéb különösen súlyos következményre vezetett [316. § (3) bek. b) pont]; a harchelyzetben elkövetett zendülés bármely tettese (így az egyszerű résztvevő is), illetve a háború idején elkövetett zendülés kezdeményezője, szervezője, vezetője és azon résztvevője, aki a zendülés során az előjáró ellen vagy az ellenszegüléssel szemben fellépő más személy ellen erőszakos cselekményt követett el [316. § (4) bek.].

³⁵ E tényállást az valósítja meg, „aki az előjáróval, illetve szolgálati ténykedése közben a feljebbvalóval, az őrral vagy más szolgálati közeggel szemben erőszakot alkalmaz vagy azzal fenyeget, avagy tetteleges ellenállást tanúsít” [318. § (1) bek.].

³⁶ Az őrutasítás megszegését az követi el, „aki őrszolgálatban a szolgálat ellátására vonatkozó általános vagy különös rendelkezéseket megszegi” [326. § (1) bek.].

³⁷ E deliktumot a 327. § (1) bekezdése alapján az valósítja meg, „aki ügyeleti, rendészeti, készülségi, futár vagy más készenléti szolgálatban az annak ellátására vonatkozó rendelkezéseket megszegi”.

³⁸ A 331. § szerint: „Aki parancsnoki kötelességének megszegésével harchelyzetben a) az alája rendelt fegyveres erőt az ellenségnek megadja vagy elfogatni engedi, b) a reábizott fontos harcállást, berendezést, harceszközt vagy más hadianyagot kényszerítő szükség nélkül megsemmisíti, vagy az ellenségnek használható állapotban átengedi, vagy c) egyébként nem fejt ki az ellenséggel szemben azt az ellenállást, amelyre képes, tíz évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztéssel vagy halállal büntetendő.”

³⁹ „Aki harci kötelességének teljesítése alól a) szolgálati helyének önkényes elhagyásával, elrejtőzéssel vagy megfutamodással, b) harcképtelenség szándékos előidézésével, színlelésével vagy más fondorlattal, c) harceszközének elhagyásával, megrongálásával vagy alkalmazásának elmulasztásával, d) az ellenségnek önkéntes megadással, vagy e) szolgálati kötelességének egyéb súlyos megszegésével kivonja magát, tíz évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztéssel vagy halállal büntetendő.” (331. §)

⁴⁰ E cselekményt a 334. § (1) bekezdése szerint az követi el, „aki az alakulat harckészültségét közvetlenül veszélyezteti azáltal, hogy szolgálati kötelességének megszegésével nem gondoskodik a szükséges fegyverzet, harci felszerelés vagy más hadianyag biztosításáról vagy készletének megóvásáról”, illetve azáltal, hogy „fontos fegyverzeti vagy egyéb harci felszerelési tárgyat, avagy más fontos hadianyagot jótalanul megsemmisít, használhatatlanná tesz vagy rendeltetésétől egyéb módon elvon”.

⁴¹ Eszerint halálbüntetéssel volt sújtható az, aki a harckészültséget háború idején vagy harchelyzetben veszélyeztette, ha a büntetettől a szolgálatra különösen nagy hátrány származott [334. § (2) bek.].

közvetlenül az emberi élet, és amelynek minősített esetei⁴² büntethetők akár halállal is, másrészt a börtönzandulás⁴³ egyes minősített esetei,⁴⁴ amelynek elkövetője közvetlenül ugyan a börtön rendje és a fogva tartáshoz (a bűnözőkre kiszabott büntetés kitöltéséhez) fűződő társadalmi érdek ellen támad, közvetve viszont az életet, a szabadságot stb. is veszélyezteti.

A másik kategória ezzel szemben olyan cselekményeket ölel fel, amelyek pusztán a fennálló tulajdoni rendet, illetve a szocialista közösségi tulajdoni formát mint olyat sértik. E kiemelt védelem magyarázatát a Btk. miniszteri indokolása a következőképpen fogalmazza meg: „A szocializmus építése során a társadalmi tulajdonban álló vagyontárgyaknak különleges szerepük van. A termelési eszközök társadalmi tulajdona a kizsákmányolás nélküli termelést, a szocialista akkumulációt, a bővített újratermelést, a fogyasztási javak olyan mennyiségű termelését biztosítja, amely a fogyasztási javaknak a szocializmus, majd a kommunizmus törvényei szerinti eloszlását teszi lehetővé; a fogyasztási javak társadalmi tulajdona pedig – a javaknak a szocializmus, illetőleg a kommunizmus törvényeinek megfelelő elosztásán túlmenően – a nemzeti jövedelemnek a szocializmus építéséhez szükséges arányos felosztását teszi lehetővé.”⁴⁵ Ennek folytán az 1961-es Btk. akár a halálbüntetéssel fenyegetést sem tartotta súlyosnak, mivel az ilyen, társadalmi tulajdonra károsító cselekményeket a védett jogtárgy jellegére tekintettel a legveszélyesebb cselekmények közé sorolta, absztrakt veszélyességüket tekintve azonos szintre helyezve azokat – mint láttuk – az állam elleni, az élet elleni és a katonai büntettekkel. Így a Btk. 295. § (3) bekezdése a társadalmi tulajdonra⁴⁶ károsító lopást,⁴⁷ sikkasztást,⁴⁸ csalást⁴⁹ és hűtlen kezelést⁵⁰ alternatív szankcióként (a „szokásos” tíz évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztés mellett) halállal rendelte büntetni, ha e cselekményeket az elkövető bűnszövetségben vagy visszaesőként valósította meg, és ezzel különösen nagy kárt okozott. Ugyanezt a szankciót írta elő a 299. § (4) bekezdése a rablásra,⁵¹ ha az a társadalmi

⁴² Halállal büntethető az emberölés valamennyi minősített esete, vagyis ha azt különös kegyetlenséggel, előre kitérve, sok ember életét veszélyeztetve, nyereségvágyból, más aljas indokból vagy célból, hivatalos személy ellen hivatalos eljárása alatt vagy emiatt, több emberen, avagy visszaesőként követték el [253. § (2) bek.].

⁴³ Börtönzandulást az a fogoly követ el, „aki másokkal együttesen a büntetés-végrehajtási intézet rendje vagy fegyelme ellen irányuló nyílt ellenszegülésben vesz részt” [186. § (1) bek.].

⁴⁴ Halálbüntetés szabható ki egyrészt a börtönzandulás kezdeményezőjével, szervezőjével és vezetőjével szemben, ha az ellenszegülés különösen súlyos következményre vezetett, másrészt a börtönzandulás azon résztvevőjével szemben is, akinek a zandulás során elkövetett cselekménye másnak halálát okozta, vagy egyéb különösen súlyos következményre vezetett [186. § (3) bek.].

⁴⁵ Mindennek alapját pedig a következő (ugyancsak a miniszteri indokolásból származó) idézet adja meg: „A szocialista társadalomban érvényesülő magasabb etikai elvek, a szocialista életkörülmények a társadalom tagjaitól más magatartást követelnek, mint amilyen követelménnyel tagjaival szemben a burzsoá társadalom fellép. Az egyes magatartások büntetőjogi értékelésénél ezeket a megváltozott magasabb követelményeket kell alapul venni.”

⁴⁶ A Btk. XVI. fejezetéhez fűzött értelmező rendelkezés szerint „a társadalmi tulajdonra megillető fokozott büntetőjogi védelem az állam, a szövetkezetek, a társadalmi szervezetek és az egyesületek vagyonára, valamint a használatukban, kezelésükben vagy rendelkezésük alatt álló idegen vagyontárgyakra terjed ki, ideértve más szocialista országoknak a Magyar Népköztársaság területén levő társadalmi tulajdonát is” (311. § 1. pont).

⁴⁷ „Aki idegen dolgot mástól azért vesz el, hogy jogtalanul eltulajdonítsa, lopást követ el.” (291. §)

⁴⁸ „Aki a rabízott idegen dolgot jogtalanul eltulajdonítja, vagy azzal sajátjaként rendelkezik, sikkasztást követ el.” (292. §)

⁴⁹ „Aki jogtalan hasznoszerzés végett mást tévedésbe ejt vagy tévedésben tart, és ezzel kárt okoz, csalást követ el.” (293. §)

⁵⁰ „Akit idegen vagyon kezelésével bíztak meg, és e megbízásból folyó kötelességének megszegésével a vagyonban kárt okoz, hűtlen kezelést követ el.” (294. §)

⁵¹ „Aki idegen dolgot jogtalan eltulajdonítás végett úgy vesz el mástól, hogy evégből valaki ellen erőszakot, avagy élet vagy testi épség elleni közvetlen fenyegetést alkalmaz, illetőleg valakit öntudatlan vagy védekezésre képtelen állapotba helyez...” [299. § (1) bek.] „Rablás az is, ha a tettenért tolvaj a dolog megtartása végett erőszakot, avagy élet vagy testi épség elleni közvetlen fenyegetést alkalmaz.” [299. § (2) bek.]

tulajdonban különösen nagy kárt okozott; végül az előbbi feltétel mellett a közveszélyokozás⁵² elkövetője szintén halállal volt büntethető [190. § (2) bek. b) pont].

Az 1961-es Btk.-ban foglalt anyagi jogi szabályokat egészítette ki a büntető eljárásról szóló 1962. évi 8. törvényerejű rendelet,⁵³ mely egyrészt szólt a végrehajtás módjáról, megerősítve azt az addig is fennálló szabályt, hogy „a halálbüntetést zárt helyen, kötéllel vagy agyonlövással kell végrehajtani” (309. §), másrészt rendelkezett a kegyelmezésre vonatkozó szabályokról is. Ez utóbbiak körében – legfontosabb garanciális rendelkezésként – előírta, hogy bármely halálbüntetést csak a kegyelmi kérelem elutasítását követően lehet végrehajtani, illetve hogy a kegyelmi eljárást minden esetben (akkor is, ha maga az elítélt nem kért kegyelmet) le kell folytatni. A kegyelmi kérelem előterjesztése és a kegyelemről szóló határozat vonatkozásában az 1962-es Be. a korábbi szabályozáshoz nem tett hozzá sok újat, érdeme volt mégis, hogy a megelőző évek, évtizedek kaotikus állapotát rendezve egyetlen paragrafusban tisztázta és összefoglalta az erre vonatkozó szabályokat. Eszerint (310. §) a jogerős ítélet meghozatalát követően a halálbüntetést kiszabó bírói tanács elnöke megkérdezi a terheltet, hogy kér-e kegyelmet, valamint felszólítja a védőt, hogy három napon belül védeence érdekében (akár annak akarata ellenére vagy attól függetlenül is) kegyelmi kérvényt nyújtson be. Az ügyész véleményének kikérése után a jogerős ítéletet meghozó bíróság állást foglal abban a kérdésben, hogy kegyelemre ajánlja-e az elítéltet, majd a Legfelsőbb Bíróság (amennyiben nem eleve ő hozta meg a jogerős döntést) ugyanezt a legfőbb ügyész véleményének kikérése után megteszi, és mindezen javaslatokat, kérelmeket és véleményeket az ügy irataival együtt a Népköztársaság Elnöki Tanácsa elé terjesztés végett eljuttatja az igazságügy-miniszterhez. A kegyelemről szóló döntést (függetlenül az előbb említett véleményektől) a NET hozza meg önállóan. Amennyiben a NET a halálra ítéltnek megkegyelmez, úgy az 1961. évi V. törvény 36. § (4) bekezdése értelmében a halálbüntetést húsz évig terjedő (tehát adott esetben akár ennél rövidebb) szabadságvesztésre változtatja át; ha viszont nem ad kegyelmet, akkor az erről szóló határozatot az első fokon eljáró bíróság (akkor is, ha a halálbüntetést nem ő hozta) hirdeti ki a vádlott, a védő és az első fokon eljáró ügyész jelenlétében, majd az ítéletet másnap végre is hajtják. Fontos jogbiztonsági elemként szerepelt ugyanakkor az a szabály, amely szerint a kegyelmezést megtagadó döntést terhes nővel és elmebeteg személlyel közölni (és persze rajtuk a halálbüntetést végrehajtani) „felgyógyulásuk” előtt nem volt szabad, illetve hogy a távollevő terhelttel szemben kiszabott halálbüntetést csak a perújítás során hozott jogerős határozat alapján lehetett végrehajtani. (Némileg más szövegezéssel, de lényegében ugyanezen rendelkezéseket ismételte meg egy évtizeddel később a büntető eljárásról szóló 1973. évi I. törvény 399. §-a, így ezen Be. szabályainak részletezésétől – lévén, hogy azok megegyeztek a korábbi előírásokkal – eltekintünk.)

Az 1961-es Btk. azonban kezdett elavulttá válni, így a hetvenes évek elején sor került a szocialista büntető anyagi jogi kódex átfogó reformjára. Témánk szempontjából az 1971. évi 28. törvényerejű rendelet⁵⁴ legfontosabb intézkedései közé tartozott, hogy megváltoztak a halálbüntetés alkalmazásának általános részi feltételei, valamint az is, hogy egyes különös részi tényállások halállal büntethetősége megszűnt (de született új, halálbüntetéssel sújtható bűncselekmény is). Ami az általános részi rendelkezéseket illeti, talán a leglényegesebb változás az volt, hogy a szankciónemek közé bekerült az életfogytig tartó szabadságvesztés is, mely alternatív büntetésként minden olyan esetben alkalmazható lett, amikor a törvény

⁵² A közveszélyokozás bűncselekményét az követi el, „aki gyújtogatással, árvíz okozásával, robbanó-, sugárzó-, avagy más anyag vagy energia pusztító hatásának kiváltásával közveszélyt idéz elő”, illetve „aki ilyen közveszély elhárítását vagy következményeinek enyhítését akadályozza. [190. § (1) bek.]

⁵³ A tvr.-t a 4/1962. (VI. 14.) IM rendelet léptette hatályba, mégpedig 1962. július 1-jével.

⁵⁴ Kihirdetésére 1971. november 4-én, hatályba lépésére pedig 1972. január 1-jén került sor.

valamely bűncselekmény⁵⁵ büntetéseként halálbüntetést vagy tíz évtől tizenöt évig (halmazati és összbüntetés esetén pedig húsz évig) terjedő szabadságvesztést⁵⁶ rendelt.⁵⁷ A miniszteri indoklás ezt azzal magyarázta, hogy indokolatlanul nagy volt a távolság a szabadságvesztés leghosszabb tartama (15, illetve 20 év) és a halálbüntetés között,⁵⁸ ezért szükségesnek mutatkozott egy olyan köztes szankció, amely mindazokkal szemben kiszabható, akik alkalmatlannak tűnnek a társadalomba való visszailleszkedésre, de megjavulásuk mégsem teljesen kizárt, illetve amelyet kellő elrettentésképpen igénybe lehet venni az egyéni megelőzésen túl a büntetés generális prevenciók céljának megvalósításához is.⁵⁹ Az életfogytiglan bevezetésével természetesen megváltozott a kegyelmezésre vonatkozó szabályozás [Btk. 36. § (4) bek.] is; eszerint a halálbüntetés ezentúl nemcsak húsz évig terjedő, hanem (a NET mérlegelésétől függően) életfogytig tartó szabadságvesztésre is átváltoztatható lett. Végül szintén lényeges módosításnak tekinthető a fiatakorúakra kiszabható büntetések szigorítása; a halálbüntetéssel is büntethető bűncselekmények esetében ugyanis a tizenhatodik életévét betöltött, de a tizennyolcadik életévét még el nem ért fiatakorúval szemben kiszabható szabadságvesztés leghosszabb tartama az addigi tízről tizenöt évre, a tizennegyedik életévét meghaladott, de a tizenhatodik életévét még be nem töltött fiatakorúval szemben pedig ötről tíz évre emelkedett.⁶⁰

A különös részi tényállások körében (csak a halálbüntetést tekintve) két jelentős változásra is sor került. Ezek közül a fontosabbik az volt, hogy megszűnt a társadalmi tulajdon sérelmére elkövetett deliktumok halállal büntethetősége, illetve a társadalmi tulajdon mint védett jogtárgy (néhány indokolt kivételtől eltekintve) általában véve is megszűnt létezni. Így a társadalmi tulajdon károsító lopás, sikkasztás, csalás és hűtlen kezelés büntetéséről rendelkező 295. §-t a Novella teljes egészében hatályon kívül helyezte,⁶¹ de eltörölte a társadalmi tulajdonban különösen nagy kárt okozó rablás⁶² és az ugyanilyen minősítésű

⁵⁵ Az 1961. évi V. törvény 2. § (1) bekezdésében definiált „büntett” elnevezés hivatalosan is „bűncselekményre” változott (lásd: 1971. évi 28. tvr. 92. § (1) bek.!).

⁵⁶ A szabadságvesztés egységessége úgyszintén megszűnt, és azt az elkövetett bűncselekmény jellegétől, valamint az elkövetés körülményeitől függően fegyházban, szigorított börtönben, börtönben és fogházban lehetett végrehajtani.

⁵⁷ 1971. évi V. törvény 91. § (2) bek.

⁵⁸ Általános indokolás 1. b)

⁵⁹ Mindez a miniszteri indokolás szavaival: „A Btk. mellőzte az életfogytig tartó szabadságvesztés-büntetést, mert – álláspontja szerint – ha a társadalom védelme nem kívánja meg a halálbüntetés kiszabását, a büntetés nevelő célja még megvalósítható. E cél megvalósítását csak meghatározott tartamú szabadságvesztés kiszabásával vélte elérhetőnek. A Tervezet szakít ezzel a felfogással. ... A halálbüntetés és a határozott tartamú szabadságvesztés között a választás lehetősége ... nehézséget okoz a bíróság számára, ha jelentős indokok szólnak ugyan az elítéltnak a társadalomból való végleges kiiktatása mellett, de mégis fel lehet tételezni, hogy van remény az elítélt megjavítására. Az ilyen határesetben mind a halálbüntetés, mind a határozott tartamú szabadságvesztés kiszabása aggályos lehet, s végső soron a büntetési célok elérését veszélyezteti. A hatályos Btk. csak az egyéni nevelés oldaláról vizsgálta az életfogytig tartó szabadságvesztés intézményét. Figyelembe kell azonban venni az általános visszatartás szükségességét is, ami egyértelműen ez intézmény alkalmazása mellett szól. A büntetési rendszeren belül jelentkező ezeknek az ellentmondásoknak a feloldása végett vezet be a Tervezet az életfogytig tartó szabadságvesztést. Azokban az esetekben, amikor a büntetési célokra figyelemmel indokoltnak látszik az elkövető végleges kirekesztése a társadalomból, de nem teljesen kizárt az átnevelés lehetősége sem, egyedül ez a büntetés nyújt kielégítő megoldást. Ha az átnevelhetőséghez fűzött remények valóra válnak, az elítélt a feltételes szabadságra bocsátással visszanyerheti szabadságát. Azokban az esetekben tehát, amikor arra nincs szükség, a szabadságvesztés nem tart az elítélt életének végéig.” (Részletes indoklás 5. §)

⁶⁰ Az a szabály, hogy (a katonák kivételével) halálbüntetés csak azzal szemben alkalmazható, aki tette elkövetésekor a huszadik életévét betöltötte, nem változott.

⁶¹ Pontosabban: összevonta a 296. §-sal. (1971. évi 28. tvr. 67. §)

⁶² 1971. évi 28. tvr. 70. §

közveszélyokozás⁶³ eseteit (és így természetesen azok halálbüntetéssel fenyegetettségét) is.⁶⁴ Bekerült viszont a kódexbe, annak is 192. §-ába egy új, halállal is büntethető tényállás: a légi jármű hatalomba kerítése.⁶⁵ Ezt a Novella (és persze 1972. január 1-je után a Btk.) szerint az a személy követi el, „aki légi jármű fedélzetén erőszakkal, fenyegetéssel, illetőleg másnak öntudatlan vagy védekezésre képtelen állapotba helyezésével a légi jármű felett jogtalanul ellenőrzést szerez, illetve gyakorol” [192. § (1) bek.], halállal pedig e cselekmény akkor volt büntethető, ha azzal az elkövető más vagy mások halálát okozta [192. § (2) bek.]. Mindeme változásokkal a Novella hatályba lépésétől a korábbi 31 halállal büntethető tényállás 26-ra csökkent.

1978-ban azután (egy négyéves kodifikációs munkálkodás eredményeként) a meglévő kódex toldozgatása helyett egy teljesen új büntető törvénykönyvet fogadtak el (1978. évi IV. törvény),⁶⁶ mely a halálbüntetésre vonatkozó szabályozást jelentős mértékben átalakította. Ez a jelenleg is hatályos Btk., eredeti formája azonban – különösen témánk, a halálbüntetés vonatkozásában – a mai szabályozástól igencsak eltért. Hatályba lépésekor összesen 26 bűncselekményre írt elő (alternatív szankcióként) halálbüntetést [38. § (1) bek. 1. pont], ezek közül 9 állam elleni, 4 emberiség elleni, 10 katonai és 3 köztörvényes büntetetre.⁶⁷ Annak ellenére, hogy viszonylag sok tényállás tartalmazta a legsúlyosabb jogkövetkezményt, a törvény indokolása nem hazudtolta meg a szocialista büntetőjogi ideológia immáron évtizedes hagyományait, és a marxista alapú büntetőjog-tudomány⁶⁸ konstans dichotómiája, nevezetesen a hangzatos elvi deklarációk és a valódi praxis között folyamatosan meglévő különbség az 1978:IV. törvény vonatkozásában is érvényesült. Az indokolás immáron félig-meddig ugyan elismerte azt, hogy a bűnözés teljes kiirtása még a szocializmusban is megvalósíthatatlan, ezért legfeljebb annak csökkentésére lehet (de arra kell is) törekedni;⁶⁹ azonban a halálbüntetés fenntartásához fűzött megjegyzések arra utalnak, hogy „a kommunizmusban egyszer majd megszűnik a bűnözés, így büntetésekre és ezen belül halálbüntetésre sem lesz szükség” tételétől a jogalkotó továbbra sem tudott (esetleg nem akart vagy nem mert) megszabadulni. Ezt tükrözi az Általános indokolás III. részében található azon magyarázat, miszerint „a szocialista jogfejlődés a halálbüntetés fokozatos háttérbe szorítása és – végső célként – annak

⁶³ 1971. évi 28. tvr. 42. §

⁶⁴ Mindezt a miniszteri indokolás a következőkkel magyarázta: „A Tervezet – a hatályos joggal egyezően – a halálbüntetést csak a legsúlyosabb bűncselekmények esetében – kivételes büntetési nemként – tartja fenn. A szocialista jogfejlődés kétségkívül a halálbüntetés alkalmazásának szűkítése, illetőleg – végső célként – annak eltörlése felé halad. A Tervezet felismerése szerint a vagyoni elleni bűncselekmények körében már nincs szükség erre a büntetési nemre...” (Részletes indokolás 42. §) „Mai társadalmi-gazdasági viszonyaink között ... a halálnak mint kivételes büntetési nemnek a fenntartása a vagyoni elleni bűncselekmények körében indokolatlan.” (Részletes indokolás 67. §) (Ugyanez igaz a miniszteri indokolás szerint a közveszélyokozásra is.)

⁶⁵ 1971. évi 28. tvr. 43. §

⁶⁶ A Btk.-t 1978. december 31-én hirdették ki, és 1979. július 1.-jén lépett hatályba.

⁶⁷ A Btk. ismét bevezette a bűncselekmények dichotóm felosztását, vagyis ezt követően a kódex újra megkülönböztette a büntetett és a vétséget (11. §).

⁶⁸ Marx elviekben ellenezte a halálbüntetést, mindamelltt elismerte gyakorlati szükségszerűségét, különösen a proletariátus és így a „haladás” ellenségeivel szemben; ez a felfogás pedig az egész szovjet-kommunista büntetőjogi szemléletmódon (így a magyarországin is) erőteljesen érződött.

⁶⁹ „A büntetőjog korszerűsítésére irányuló törekvések alapja az a tudományos felismerés, hogy a bűnözés a fejlett szocializmust építő társadalomban sem csökken automatikusan, azonban megvannak a feltételek fokozatos visszaszorítására. A szocialista rendszer a bűnözést mint káros múltbeli örökséget csak hosszabb történelmi időszak alatt szüntetheti meg. A társadalmi és a gazdasági fejlődés jelenlegi szakaszában, amikor a múlt káros, főként tudati örökségeit még nem sikerült mindenben leküzdenünk, amikor a szocialista tudat még csak kialakulóban van, amikor társadalmunk még nem mentes bizonyos ellentmondásoktól és megoldatlan problémáit is vannak, s nem utolsósorban, amikor a fejlődés alapvetően kedvező kísérőjelenségei (az urbanizáció, az iparosodás, a népesség növekedése, a társadalom ártétegződése, mobilitása, a tudományos-technikai fejlődés) bizonyos feltételek mellett kriminogén hatásúak lehetnek és a bűnözés növekedése irányában hathatnak, reális feladatként csak a bűnözés korlátozása, csökkentése határozható meg.” (Általános indokolás II. 1.)

megszüntetése felé tart, azonban *jelenleg még nem időszzerű*⁷⁰ e büntetés eltörlése”; továbbá ezt hangoztatja – némileg letompított élel – a részletes indokolás 39. §-hoz írt kommentárja is. Ez utóbbi a következőképpen hangzik: „A halálbüntetés fenntartása vagy eltörlése a büntetőjog legvitatottabb kérdései közé tartozik. ... A fenntartásának indokoltsága elsősorban annak alapján ítéhető meg, hogy az egyéni és az általános megelőzés szempontjából mellőzhetetlen-e. A legsúlyosabb élet elleni, állam elleni és katonai bűncselekmények, a nemzetközi méretekben szaporodó terrorcselekmények esetén a társadalom védelme *jelenleg*⁷¹ nem nélkülözheti a halálbüntetést.”⁷²

Külön is kihangsúlyozza a miniszteri indokolás a halálbüntetés kivételes jellegét, mégpedig ugyanazon érvekkel, amelyekkel azt az 1961. évi V. törvény indokolása is tette. Az első és legfontosabb ezek közül, hogy a 84. § szerint „halálbüntetést kivételesen és csak akkor lehet kiszabni, ha – a bűncselekmény és az elkövető kiemelkedő társadalomra veszélyességére, a bűnösség különösen magas fokára figyelemmel – a társadalom védelme csak e büntetés alkalmazásával biztosítható”.⁷³ További érv a kapitális szankció kivételessége mellett „a halálbüntetéssel fenyegetett bűncselekmények szűk köre”;⁷⁴ „hogy a Különös Részben a halálbüntetés mindig vagylagos büntetesként szerepel,⁷⁵ a nála enyhébb szabadságvesztés⁷⁶ mellett”;⁷⁷ hogy „halálbüntetés csak azzal szemben szabható ki, aki a bűncselekmény elkövetésekor huszadik életévét betöltötte”,⁷⁸ ⁷⁹ valamint hogy minden esetben lehetőség van kegyelem gyakorlására, mely esetben a törvény nem határozza meg a halálbüntetés helyébe lépő büntetés nemét és mértékét, mivel „nincs szükség arra, hogy a büntető törvénykönyv a kegyelmezési jog gyakorlását korlátozza”,⁸⁰ azaz a NET a kegyelmi jogának gyakorlása során halálbüntetés helyett a legenyhébb büntetési nem legalacsonyabb mértékét is kiszabhatja. Végül az általános részi rendelkezések elemzése körében említést kell tenni a halállal is büntethető bűncselekmények büntethetőségének, valamint a kiszabott halálbüntetések végrehajthatóságának elévüléséről, amelyek az 1978:IV. törvény szerint – az 1961-es Btk.

⁷⁰ Kiemelés tőlem – T.J.Z.

⁷¹ Kiemelés tőlem – T.J.Z.

⁷² Érdekesség, hogy a halálbüntetés elvi helytelenítése mellett e szankció fenntartásának igazolása érdekében a Btk. indokolása saját magának is hajlandó ellentmondani, az Általános indokolás III. része ugyanis még a szocialista büntetőjog eddig elért eredményeit és vívmányait a következő szavakkal ecseteli: „Magyarországon a bűnözés alakulását az elmúlt másfél évtizedben csökkenések és emelkedések jellemezték, de összességében és lényegében nem emelkedett, szemben a fejlett kapitalista országok többségével, amelyekben a bűnözés nagymértékű, sőt rohamos növekedése figyelhető meg. Kedvező jelenség az, hogy hazánkban az elkövetett bűncselekmények túlnyomó többsége csekély súlyú, az olyan veszélyes formák pedig, mint a szervezett bűnöző alvilág, a kábítószer-kereskedelem, a terrorizmus és az emberrablás, lényegében nem fordulnak elő.” Tehát noha a terrorcselekmények és a hasonló jellegű büntettek Magyarországon tulajdonképpen ismeretlenek, mégis – többek között – „a nemzetközi méretekben szaporodó terrorcselekmények” indokolják a miniszteri előterjesztés szerint nálunk is a halálbüntetés fenntartását.

⁷³ Ez az előírás tartalmilag megegyezett az 1961:V. törvény 64. § (2) bekezdésének szabályozásával, miszerint „halálbüntetést ... akkor kell kiszabni, ha a büntetés célja más büntetéssel nem érhető el”.

⁷⁴ Részletes indokolás, a 39. §-hoz.

⁷⁵ Az alternatíva minden olyan különös részi tényállás esetében, mely az élet elvételét eredményező jogkövetkezményt is ismeri, a tíz évtől tizenöt évig terjedő vagy életfogytig tartó szabadságvesztés.

⁷⁶ A szabadságvesztés korábbi négy fajtája soknak bizonyult, ezért a jogalkotó az 1978. évi IV. törvényben kivette azok közül a szigorított börtönt; így azóta a mai napig is e büntetési nemnek három fokozata van: a fegyház, a börtön és a fogház.

⁷⁷ Uo.

⁷⁸ Btk. 39. § (1) bek.

⁷⁹ Ez alól csak a katonák voltak kivételek; őket a 126. § szerint akkor is halálra lehetett ítélni, ha tizennyolcadik életévüket betöltötték, feltéve hogy a bűncselekmény a katonai érdekeket súlyosan sértette. (Mindamelllett ez a szabály az 1961:V. törvényhez képest szintén garanciális jellegűnek tekinthető, mivel a korábbi Btk. a katonának minősülő személyek halállal büntethetőségére még ezt a minimális 18 éves korlátot sem írta elő.)

⁸⁰ Részletes indokolás, a 39. §-hoz.

szabályozásával megegyezően – húsz év alatt következnek be;⁸¹ ez alól – új szabályként – csak a háborús és emberiség elleni bűncselekmények (Btk. XI. fejezet) képeznek kivételt.⁸²

Rátérve a különös részi tényállások elemzésére, az 1961-es Btk.-hoz (annak is 1972. január 1-je óta hatályos állapotához) képest⁸³ több változás is történt. Bár mindkettő ugyanúgy 26-26 büntett esetében tette lehetővé a halálbüntetést, de már sem az alapcselekmények nem pontosan ugyanazok voltak, sem pedig a minősített esetek nem minden bűncselekmény vonatkozásában egyeztek meg. A legkevesebb változás talán az állam elleni bűncselekmények (X. fejezet) körében történt, hiszen mindkét Btk. ugyanazt a kilenc deliktumot fenyegette halállal (is), mindazonáltal nem feltétlenül ugyanazon körülmények megvalósulása esetén. E kilenc büntett közül teljesen csak az ellenség támogatása deliktuma (146. §)⁸⁴ egyezett meg a korábbi szabályozással, a többi büntett esetében vagy az alaptényállási elemeik egy része, vagy a halállal büntetendő minősített esetek köre változott. Így az összeesküvés (139. §) pusztán résztvevőjének halállal büntethetősége megszűnt, továbbá a kezdeményező és a vezető is csak akkor volt e szankcióval sújtható, ha a cselekményt fegyveresen vagy háború idején követték el [139. § (3) bek.].⁸⁵ A lázadás (140. §) szervezője és vezetője immáron csak a fegyveresen vagy a háború idején elkövetett ilyen cselekmény miatt volt halállal sújtható [140. § (4) bek.], míg korábban a felfegyverkezve elkövetés és a közrendnek a lázadással történő súlyos megzavarása is e következményt vonhatta maga után. A halállal büntethető kártevés (141. §)⁸⁶ minősített esetei közül szintén kikerült a különösen súlyos hátrány okozása, és csak a háború idején történő elkövetés maradt halállal büntethető [141. § (3) bek.] A rombolás (142. §) elkövetési tárgyai közül kimaradt a terménykészlet, ennek megsemmisítése, használhatatlanná tétele vagy megrongálása tehát még államellenes célzat esetén sem volt állam elleni bűncselekményként büntetendő (hacsak az nem volt egyúttal „hasonlóan fontos más vagyontárgynak” tekinthető); a halállal büntethető minősített esetek köréből pedig a közveszélyt előidéző módon történő elkövetés kivétel, és csak a különösen súlyos hátrányt okozó, valamint a háború idején való megvalósítás maradt halállal szankcionálható [142. § (2) bek.]. A merénylet (143. §) fogalma a korábbihoz képest némileg megváltozott; ezt követően merénylet elkövetője az lehetett, „aki népképviselői szerv tagjának, állami szervnél vagy társadalmi szervezetnél irányító szerepet betöltő személynek a szocializmus érdekében kifejtett tevékenysége miatt súlyos testi sértést” okozott [143. § (1) bek.], és halállal a merénylet megvalósítója immár csak akkor volt büntethető, ha a fenti jellemzőkkel rendelkező személyt a szocializmus érdekében kifejtett tevékenysége miatt megölte [143. § (2) bek.], akkor tehát már nem, ha „csupán” halált okozó testi sértést követett el a sérelmére. A hazaárulás (144. §) azon minősítő körülményei, amelyek halálbüntetéshez is vezethettek, lényegében ugyanazok maradtak, mint korábban [144. § (2) bek.],⁸⁷ csak az alaptényállás elkövetési magatartásának

⁸¹ 33. § (1) bek. a) pont, illetve 67. § (1) bek. a) pont.

⁸² 33. § (2) bek.

⁸³ A következőkben a jelenlegi Btk. (az 1978. évi IV. törvény) és az 1961-es Btk. összehasonlítását mindig az előbbi kihirdetésekor hatályos állapota, illetve az utóbbi 1972 utáni állapota alapján végzem el.

⁸⁴ A következőkben a hivatkozott paragrafusok mindig az 1978. évi IV. törvény normahelyeit jelölik.

⁸⁵ Abban az esetben tehát már nem, ha az elkövető az összeesküvéssel összefüggően olyan büntetett is elkövetett, amelyre a törvény nyolc évet meghaladó szabadságvesztést állapít meg; és akkor sem, ha az összeesküvés pusztán az állami, társadalmi vagy gazdasági rendet súlyosan veszélyeztette.

⁸⁶ A kártevés tényállása két apróságban megváltozott; az új fogalom szerint kártevést az követ el, „aki a Magyar Népköztársaság állami, társadalmi vagy gazdasági rendjének gyengítése céljából hivatala, szolgálata vagy köz megbízatása körében tevékenységével, kötelessége teljesítésének elmulasztásával vagy nem megfelelő teljesítésével súlyos hátrányt okoz” [141. § (1) bek.].

⁸⁷ Súlyos hátrány okozása (az 1961-es Btk. szóhasználata szerint: „ha a büntett súlyos következményekre vezetett”); valamint állami szolgálat vagy hivatalos megbízatás felhasználásával, illetőleg háború idején történő elkövetés.

definiálása egyszerűsödött;⁸⁸ a kémkedés (147. §) halállal is szankcionálható minősített esetei köréből pedig kikerült a rendszeresen történő elkövetés (megmaradt viszont az államtitok tekintetében, a kémszervezet tagjaként, illetve a háború idején való megvalósítás) [147. § (2) bek.]. Végül az 1978. évi IV. törvény – elődjéhez hasonlóan – szintén ugyanezen büntetésekkel rendelte azon állam elleni deliktumokat is sújtani, amelyeket nem Magyarország, hanem más szocialista állam sérelmére követtek el („más szocialista állam elleni bűncselekmények” – 151. §).

Az emberiség elleni bűncselekmények (XI. fejezet) köre – ellentétben az állam elleniekkel – a Btk. 1972 utáni állapotához képest változott; immáron kettő helyett négy büntetettre lett a halálbüntetés kiszabható. A népirtás [155. § (1) bek.] az egyetlen olyan deliktum, amely ugyanazon formában megmaradt, mint korábban, és ugyanúgy halállal volt büntethető. A háborús kegyetlenkedés büntette egészében megszűnt, bekerült viszont a halállal büntethető cselekmények sorába a korábban a katonai büntettek között szabályozott „polgári lakosság elleni erőszak”⁸⁹ (158. §), valamint az 1978 előtt nem létező „bűnös hadviselés” (160. §). Az előbbit a Btk. 158. § (1) bekezdése szerint az követi el, „aki hadműveleti vagy megszállt területen polgári személlyel vagy hadifogollyal szemben erőszakot alkalmaz, embertelen bánásmódot tanúsít⁹⁰ vagy hatalmával más módon súlyosan visszaél”, amely cselekmény halállal akkor volt büntethető, ha az elkövető azzal halált okozott [158. § (2) bek.]. A bűnös hadviselésről pedig a 160. § a következőképpen rendelkezett: „Az a katonai parancsnok, aki a hadviselés nemzetközi jogi szabályainak megsértésével a) olyan hadműveletet folytat, amely súlyos kárt okoz a polgári lakosság életében, egészségében vagy javaiban, a nemzetközileg védett kulturális javakban, a veszélyes erőket tartalmazó létesítményekben, b) védelem nélküli helyiség vagy fegyvermentes övezet ellen indít támadást, büntetett követ el, és tíz évtől tizenöt évig terjedő vagy életfogytig tartó szabadságvesztéssel vagy halállal büntetendő.” Végül a negyedik halállal is büntethető emberiség elleni bűncselekmény a korábban szintén a katonai deliktumok között szabályozott (a nemzetközi hadijogot sértő büntettek körében elhelyezett) és már akkor is halállal szankcionálható „hadikövet elleni erőszak” (163. §) volt, amelynek tényállása és minősített esete változatlan maradt.⁹¹

A katonai büntettek korábbi tizenkét fajtája helyett az 1978-as Btk. már csak tizet fenyegetett a legsúlyosabb jogkövetkezéssel; a legfontosabb változások az 1961. évi V. törvény szabályozásához képest a következőkben foglalhatók össze. Először is a hadikövet elleni erőszak átkerült az emberiség elleni büntettekhez, az tehát nem szűnt meg, sőt továbbra is halállal szankcionálható maradt, de immáron nem mint katonai bűncselekmény. Másodsor a külföldre szökés deliktuma megszűnt, pontosabban beolvadt a szökés tényállásába; harmadszor megszűntek az „örutasítás megszegése”, valamint a „készenléti szolgálat szabályainak megszegése” elnevezésű bűncselekmények; végül negyedszer új tényállásként megjelent „a szolgálat megtagadása” és a „kötelességszegés szolgálatban” deliktuma. E két új bűncselekménnyel kezdve: aki a katonai szolgálat teljesítését háború idején tagadta meg, halállal is büntethető volt (347. §); aki pedig „ör-, ügyeleti vagy egyéb készenléti szolgálatban az ennek ellátására vonatkozó rendelkezést” megszegte [348. § (1) bek.], szintén e szankcióval

⁸⁸ Míg az 1961. évi V. törvény szerint külföldi kormánnyal, külföldi szervezettel vagy ezek megbízottjával való érintkezésbe bocsátkozás, szövetségre lépés vagy együttműködés útján volt megvalósítható (természetesen az államellenes célzat megléte esetén) a hazaárulás, addig az 1978. évi IV. törvény az elkövetési magatartást a külföldi kormánnyal vagy külföldi szervezettel történő kapcsolat felvételére vagy fenntartására egyszerűsítette.

⁸⁹ Ezt az 1961-es Btk. a nemzetközi hadijogot sértő büntettek között, a 335. §-ban szabályozta.

⁹⁰ A 158. § (3) bekezdésében foglalt értelmező rendelkezés szerint „embertelen bánásmód különösen a megszálló hatalom polgári lakosságának a megszállt területre telepítése vagy a megszállt terület lakosságának áttelepítése, a polgári lakosság és a hadifoglyok megfosztása attól a joguktól, hogy szabályos és pártatlan eljárásban ítéltessenek felettük”, valamint „a hadifoglyok vagy polgári személyek hazaszállításának indokolatlan halogatása”.

⁹¹ Eszerint a legsúlyosabb jogkövetkezéssel e deliktum elkövetése miatt azokkal szemben volt kiszabható, akik a hadikövetet vagy annak kíséretét megölték [163. § (2) bek.].

volt sújtható, amennyiben a fenti kötelességszegést harchelyzetben követte el, és abból különösen nagy hátrány származott [348. § (3) bek.].

A fentiek értelmében összesen nyolc katonai büntett mind az 1961-es, mind az 1978-as Btk. szerint halálbüntetéssel sújtható volt és az is maradt. Ezek közül a szökés büntettébe (343. §) – mint említettük – beolvadt a korábbi „külföldre szökés” deliktuma; ezt követően a szökés⁹² egyrészt akkor vonhatott kapitális szankciót maga után, ha a külföldre szökést fegyveresen, csoportosan, fontos szolgálat teljesítése közben, a szolgálat felhasználásával vagy személy elleni erőszak alkalmazásával követték el, másrészt akkor, ha a szökést (akár bel-, akár külföldre irányult az), háború idején valósították meg [343. § (4) bek.]. Az 1961-es Btk. szerinti „kibúvás a katonai szolgálat teljesítése alól” bűncselekményének neve „kibúvás a szolgálat alól”-ra (346. §) egyszerűsödött, az alaptényállás átfogalmazásra került,⁹³ de lényegi változást a korábbihoz képest nem tartalmazott, halállal pedig továbbra is akkor volt büntethető, ha a cselekményt háború idején követték el [346. § (1) bek.]. A „harchelyzetben elkövetett parancsnoki kötelességszegés” neve ugyancsak egyszerűsödött (az új elnevezés szimplán „parancsnoki kötelességszegés” /364. §/), de maga a bűncselekmény lényegileg ugyanaz maradt, mint azt megelőzően volt. Végül ugyanez elmondható a többi halállal büntethető katonai deliktumról, így a zendülésről (352. §), a parancs iránti engedetlenségről (354. §), az „előljáró vagy⁹⁴ szolgálati közeg elleni erőszak” büntetéről (355. §), a „kibúvás a harci kötelesség teljesítése alól” deliktumáról (365. §) és a harckészültség veszélyeztetéséről (363. §) is.

Végül a halálbüntetéssel is sújtható köztörvényes bűncselekmények körében szintén több változás is történt. Először is e deliktumok közül kikerült a börtönzendülés: az új Btk. ezt a büntettet (immáron „fogolyzendülés” /246. §/ néven) a legsúlyosabb esetekben is legfeljebb öt évtől tizenöt évig terjedő szabadságvesztéssel rendelte büntetni. Másodszor új tényállásként került szabályozásra a terrorcselekmény. Ezt a 261. § (1) bekezdése értelmében az követi el, „aki más személyi szabadságától megfoszt, vagy jelentős anyagi javakat kerít hatalmába, és a személy szabadon bocsátását, illetőleg a javak sértetlenül hagyását vagy visszaadását állami szervhez vagy társadalmi szervezethez intézett követelés teljesítésétől teszi függővé”; a legsúlyosabb szankciót pedig ezen magatartás megvalósítójával szemben akkor lehetett kiszabni, ha az a cselekménnyel halált vagy más különösen súlyos hátrányt okozott, illetve ha azt háború idején követte el [261. § (2) bek.]. Végül harmadszor megmaradt a „légi jármű hatalomba kerítése”⁹⁵ büntettének (262. §), valamint az emberölésnek (166. §) a halállal fenyegetettsége, mégpedig lényegileg a korábbi szabályozással megegyező esetekben.⁹⁶

⁹² Szökést követ el, „aki abból a célból, hogy katonai szolgálatának teljesítése alól kivonja magát, szolgálati helyét önkényesen elhagyja vagy attól távolmarad” [343. § (1) bek.]. Ez a fogalom majdnem szó szerint megegyezett a szökés korábbi definíciójával.

⁹³ Eszerint ezt a büntettet az követi el, „aki abból a célból, hogy katonai szolgálatának teljesítése alól kivonja magát, testét megcsonkítja, egészségét károsítja, vagy megtévesztő magatartást tanúsít” [346. § (1) bek.].

⁹⁴ Az 1961. évi V. törvényben a „vagy” szó helyett még az „és” kötőszó szerepelt.

⁹⁵ Az 1971. évi 28. tvr.-rel az 1961-es Btk. 192. §-ába beiktatott „légi jármű jogellenes hatalomba kerítése” deliktumának elnevezéséből az 1978-as Btk.-ban a jogalkotó kihagyta a „jogellenes” kitétel, lévén hogy a bűncselekmény fogalmához *ab ovo* hozzátartozik a jogellenesség, annak hiányában tehát bűncselekményről nem is beszélhetünk.

⁹⁶ A légi jármű hatalomba kerítésének elkövetési magatartását az új Btk. más szavakkal definiálta, mint a régi: míg az utóbbi szerint e büntett megvalósítására a légi jármű feletti jogtalan ellenőrzés megszerzésével és gyakorlásával, addig az előbbi szerint arra immár a légi jármű ellenőrzésének magához ragadásával kerülhetett sor. Ezenkívül az emberölés (halálbüntetést is maga után vonható) minősített esetei közül a visszaesőkénti elkövetés különös visszaesőként elkövetett emberölésre [166. § (2) bek. h) pont] változott, ahol is a különös visszaesés szempontjából hasonló jellegű bűncselekményen a 166. § (5) bekezdése szerint (az emberölés mellett) a merényletet [143. § (2) bek.] és az erős felindulásban elkövetett emberölést (167. §) kellett érteni.

I. számú táblázat

Az 1961. évi V. törvény, az 1971. évi 28. tvr. és az 1978. évi IV. törvény halálbüntetéssel (is) fenyegetett tényállásainak összehasonlítása

1961. évi V. törvény (eredeti)	1961. évi V. törvény január 1.-jétől (1971. évi 28. tvr.)	1972. 1978. évi IV. törvény
<p>Állam bűncselekmények</p> <p>elleni</p> <p>Összeskűvés [116. § (3) bek., 117. § (3) bek.] Lázadás [120. § (2) bek.] Kártevés [124. § (2) bek.] Rombolás [125. § (2) bek.] Merénylet [126. § (1)-(2) bek.] Hazaárulás [129. § (2) bek.] Az ellenség támogatása [130. § (1) bek.] Kémkedés 131. § (3) bek.] Más szocialista állam elleni bűntettek (133. §)</p> <p>Emberiség bűncselekmények</p> <p>elleni</p> <p>Népirtás (137. §) Háborús kegyetlenkedés [139. § (2) bek.]</p> <p>Köztörvényes bűncselekmények</p>	<p>Állam bűncselekmények</p> <p>elleni</p> <p>Összeskűvés [116. § (3) bek., 117. § (3) bek.] Lázadás [120. § (2) bek.] Kártevés [124. § (2) bek.] Rombolás [125. § (2) bek.] Merénylet [126. § (1)-(2) bek.] Hazaárulás [129. § (2) bek.] Az ellenség támogatása [130. § (1) bek.] Kémkedés 131. § (3) bek.] Más szocialista állam elleni bűntettek (133. §)</p> <p>Emberiség bűncselekmények</p> <p>elleni</p> <p>Népirtás (137. §) Háborús kegyetlenkedés [139. § (2) bek.]</p> <p>Köztörvényes bűncselekmények</p>	<p>Állam bűncselekmények</p> <p>elleni</p> <p>Összeeskűvés [139. § (3) bek] Lázadás [140. § (4) bek.] Kártevés [141. § (3) bek.] Rombolás [142. § (2) bek.] Merénylet [143. § (2) bek.] Hazaárulás [144. § (2) bek.] Az ellenség támogatása [146. § (1) bek.] Kémkedés [147. § (2) bek.] Más szocialista állam elleni bűncselekmények (151. §)</p> <p>Emberiség bűncselekmények</p> <p>elleni</p> <p>Népirtás (155. §) Polgári lakosság elleni erőszak [158. § (2) bek.] Bűnös hadviselés (160. §) Hadikövet elleni erőszak [163. § (2) bek.]</p> <p>Köztörvényes bűncselekmények</p>

Börtönzendülés [186. § (3) bek.]	Börtönzendülés [186. § (3) bek.]	Emberölés [166. § (2) bek.]
Közveszélyokozás [190. § (2) bek.]	Légi jármű jogellenes hatalomba kerítése [192. § (2) bek.]	Terrorcselekmény [261. § (2) bek.]
Emberölés [253. § (2) bek.]	Emberölés [253. § (2) bek.]	Légi jármű hatalomba kerítése [262. § (2) bek.]
A társadalmi tulajdont károsító lopás (291. §), sikkasztás (292. §), csalás (293. §), hűtlen kezelés (294. §) [295. § (3) bek.]		
Rablás [299. § (4) bek.]		

Katonai bűncselekmények Katonai bűncselekmények Katonai bűncselekmények

Szökés [312. § (2) bek.]	Szökés [312. § (2) bek.]	Szökés [343. § (4) bek.]
Külfölde szökés [313. § (2) bek.]	Külfölde szökés [313. § (2) bek.]	Kibúvás a szolgálat alól [346. § (1) bek.]
Kibúvás a katonai szolgálat teljesítése alól [315. § (1) bek.]	Kibúvás a katonai szolgálat teljesítése alól [315. § (1) bek.]	A szolgálat megtagadása (347. §)
Zendülés [316. § (3)-(4) bek.]	Zendülés [316. § (3)-(4) bek.]	Kötelességszegés szolgálatban [348. (3) bek.]
Parancs iránti engedetlenség [317. § (3) bek.]	Parancs iránti engedetlenség [317. § (3) bek.]	Zendülés [352. § (3) bek.]
Előjáró és szolgálati közeg elleni erőszak [318. § (4) bek.]	Előjáró és szolgálati közeg elleni erőszak [318. § (4) bek.]	Parancs iránti engedetlenség [354. § (3) bek.]
Órutasítás megszegése [326. § (3) bek.]	Órutasítás megszegése [326. § (3) bek.]	Előjáró vagy szolgálati közeg elleni erőszak [355. § (5) bek.]
Készenléti szolgálat szabályainak megszegése [327. § (3) bek.]	Készenléti szolgálat szabályainak megszegése [327. § (3) bek.]	Harckészültség veszélyeztetése [363. § (2) bek.]
Harchelyzetben elkövetett parancsnoki kötelességszegés (331. §)	Harchelyzetben elkövetett parancsnoki kötelességszegés (331. §)	Parancsnoki kötelességszegés (364. §)
Kibúvás a harci kötelesség teljesítése alól (332. §)	Kibúvás a harci kötelesség teljesítése alól (332. §)	Kibúvás a harci kötelesség teljesítése alól (365. §)
Harckészültség veszélyeztetése [334. § (2) bek.]	Harckészültség veszélyeztetése [334. § (2) bek.]	
Hadikövet elleni erőszak [338. § (2) bek.]	Hadikövet elleni erőszak [338. § (2) bek.]	

A Btk. által előírt esetekben alkalmazható halálbüntetés végrehajtásáról az 1979. évi 11. tvr.,⁹⁷ illetve a Büntetés-végrehajtási Szabályzatról szóló 8/1979. (VI. 30.) IM rendelet rendelkezett. Előbbi kimondta, hogy „a halálbüntetést a kegyelmi kérelem elutasításának kihirdetését követő napon, zárt helyen, kötéllel vagy lőfegyverrel kell végrehajtani” [17. § (1) bek.], a gyakorlatban azonban a sortüzet soha nem, mindig csak az akasztást alkalmazták; szabályozta továbbá azt is, hogy a kivégzésnél kiknek kellett jelen lennie,⁹⁸ valamint szólt a kivégzett holttestének eltemetéséről is.⁹⁹ A 8/1979. IM rendelet részletezte a halálbüntetés végrehajtásának mikéntjét; rendelkezett például arról, hogy az elítéltet a kegyelmi kérelem elutasításának kihirdetése után külön helyiségben (az ún. „siralomzárkában”), fokozott őrizet mellett kell elhelyezni, ahol is közeli hozzátartozója (aki mindenképpen értesítendő volt, kivéve ha maga az elítélt nem kívánt látogatót fogadni) meglátogathatta, illetve ahol még az utolsó délután és éjszaka levelet írhatott, írásbeli magánvégrendeletet tehetett [152. § (1)-(3) bek.], és persze ahol felkészülhetett a másnap hajnali kivégzésre.

A magyar jogrendszerben ezek (a Btk., a Bv. tvr., a Bv. Szabályzat) voltak az utolsó normák, amelyek a halálbüntetés alkalmazásáról rendelkeztek; ezt követően már egyértelműen az abolíció folyamatáé a főszerep. Részben már az 1971. évi 28. tvr., illetve az 1978. évi IV. törvény is az abolíciós folyamatba volt illeszthető, hiszen ezen jogszabályok által csökkent a halálbüntetés igénybe vételének lehetősége és ennek következtében e szankció gyakorlati alkalmazásának mértéke is;¹⁰⁰ mindazonáltal a fenti normák még nem vetették fel annak az igényét, hogy a halálbüntetés egyszer s mindenkorra, minden bűncselekmény vonatkozásában, azaz teljes mértékben töröltessék a magyar jogrendszerből. Bár Horváth Tibor már az 1978-as Btk.-hoz készített egy olyan szakvéleményt, amely megfontolásra javasolta a legsúlyosabb jogkövetkezmény teljes vagy részleges kiiktatását a büntetőjogi szankciók köréből, ez még visszhang nélkül maradt, olyannyira, hogy a kodifikációs munkálatok során még csak meg sem tárgyalták azt. Az első komoly lépésre csak 1983-ban került sor, amikor is a Magyar Jogász Szövetség Büntetőjogi Bizottsága december 12-én „A halálbüntetés és jövője a magyar büntetőjogban” címmel vitaülést rendezett, ahol Horváth Tibor vezetésével elméleti és (többségében) gyakorlati büntetőjogászok mondták el véleményüket, meglátásaikat a fenti témával kapcsolatban. Bár a felszólalások többsége (már csak azért is, mivel az abolíció pártján álló elméleti szakemberek és védőügyvédek a konferencián kisebbségben voltak az ügyészekkel és bírákkal szemben) a halálbüntetés fenntartása mellett szállt síkra, mégis: ettől az időponttól kezdve az abolícionista gondolat gyökeret vert a magyar büntetőjogi és az általános értelmiségi közgondolkodásban, amely jó alapot biztosított a későbbiekben arra, hogy

⁹⁷ Teljes címmel: 1979. évi 11. törvényerejű rendelet a büntetések és az intézkedések végrehajtásáról. E tvr. 1979. május 14-én lett kihirdetve, hatályba pedig a Btk.-val és a Büntetés-végrehajtási Szabályzatról szóló 8/1979. (VI. 30.) IM rendelettel egy időben, 1979. július 1-jén lépett.

⁹⁸ Ezek szerint a halálbüntetés végrehajtásánál az elítélten és az ítélet-végrehajtón kívül jelen kellett lennie az (elsőfokon eljáró) ügyésznek, a kijelölt bírónak (szintén az elsőfokon ítéletet hozó tanácsból), a jegyzőkönyvvezetőnek, az orvosnak, a büntetés-végrehajtási intézet parancsnokának, valamint a végrehajtás biztonságát szolgáló őröknek; ám az igazságügy-miniszter a kivégzésen való részvételt másoknak (így például az elítélt védőjének és családtagjainak, esetleg a bűncselekmény áldozata hozzátartozóinak) is engedélyezhette [17. § (2) bek.].

⁹⁹ A kivégzett holttestét a büntetés-végrehajtási intézetnek köztemetőben kellett eltemetnie [18. § (1)-(2) bek.], méghozzá jelzett sírban [8/1979. (VI. 30.) IM rendelet 153. § (2)-(3) bek.], éppúgy, mint bármilyen más állampolgárt.

¹⁰⁰ Míg a '60-as években a kiszabott halálbüntetések száma 129, melyből 79 halálos ítéletet a polgári, míg ötvenet a katonai bíróságok hoztak, addig ez a szám a '70-es években 47-re (34-re, illetve 13-ra), a '80-as években pedig 32-re (29-re, illetve háromra) csökken. (Az utolsó kivégzésre 1988. július 14-én került sor, amikor a többszörösen minősített szándékos emberölést elkövető Vadász Ernőt akasztották fel, az utolsó, értelemszerűen már végre nem hajtott halálos ítéletet pedig 1989-ben hozták meg.)

mind a büntetőjogászok, mind a szélesebb közvélemény megismerje és talán el is fogadja mindazokat az okokat, amelyek az abolicionistákat e büntetés helytelenítésére ösztönözték.

A halálbüntetés léte vagy nemléte kérdésében a fordulópontra a rendszerváltás folyamán jött el. 1989 elején a halálbüntetés eltörlésének célját zászlajára tűzve Horváth Tibor elnöklétével megalakult a Halálbüntetést Ellenzők Ligája (Habel), amelyhez a következő hónapokban több száz értelmiségi csatlakozott. A Liga különböző módokon kívánta a közvéleménnyel megismertetni a legsúlyosabb szankcióval szembeni érveket, illetve rávenni a politikát arra, hogy vállalja fel az abolició ügyének képviselőjét. Az előbbi csak részben sikerült (az emberek többsége ekkor a halálbüntetés híve volt), az utóbbi pedig még részben sem. Ennek egyik oka az volt, hogy a politikusok a rendszerváltást előkészítő és az új társadalmi-gazdasági-politikai szisztémát megalapozó törvények megalkotásával és az azok feletti vitákkal voltak elfoglalva, másik okaként pedig az jelölhető meg, hogy a pártok és politikusaik egyszerűen nem mertek egy olyan döntést meghozni, ami nyilvánvalóan óriási felzúdulást váltott volna ki az emberek körében, amely tehát a politikusok számára oly fontos népszerűség radikális csökkenését eredményezte volna.

Ez persze nem vonatkozott a politikai természetű bűncselekményekre; a rendszerváltás sajátos hangulatában ugyanis általános igényként fogalmazódott meg, hogy többé a büntetőjogot senki ne használhassa fel aljas politikai céljai megvalósításának instrumentumaként. Ennek lecsapódásaként Kulesár Kálmán akkori igazságügy-miniszter törvényjavaslatot terjesztett be, amely törölni kívánta valamennyi állam elleni bűncselekmény büntetési tételei közül a halálbüntetést; ezt az utolsó, de már átalakulófélben levő szocialista Országgyűlés el is fogadta és 1989. évi XVI. törvény néven be is cikkelyezte. Maga a törvény mindössze két paragrafusból állott: az 1. § arról rendelkezett, hogy „a fegyveresen vagy háború idején elkövetett, az állami, társadalmi vagy gazdasági rendet súlyosan veszélyeztető összeesküvés kezdeményezésének vagy vezetésének büntette [Btk. 139. § (3) bekezdés negyedik fordulat], a fegyveresen vagy háború idején elkövetett lázadás szervezésének vagy vezetésének büntette [Btk. 140. § (4) bekezdés harmadik fordulat], a háború idején elkövetett kártevés büntette [Btk. 141. § (3) bekezdés], a különösen súlyos hátránnyal járó vagy háború idején elkövetett rombolás büntette [Btk. 142. § (2) bekezdés], az emberöléssel elkövetett merénylet büntette [Btk. 143. § (2) bekezdés], a súlyos hátrányt okozó, illetőleg állami szolgálat vagy hivatalos megbízatás felhasználásával, továbbá háború idején elkövetett hazaárulás büntette [Btk. 144. § (2) bekezdés], az ellenség támogatásának büntette [Btk. 146. § (1) bekezdés], valamint az államtitok tekintetében vagy kém szervezet tagjaként, illetőleg háború idején elkövetett kémkedés büntette [Btk. 147. § (2) bekezdés] miatt kiszabható büntetés tíz évtől tizenöt évig terjedő vagy életfogytig tartó szabadságvesztésre módosul”; a 2. § pedig kimondta, hogy „ez a törvény a kihirdetése napján lép hatályba”.¹⁰¹ Ezzel a politikai (állam elleni) büntettek halállal büntethetősége Magyarországon végérvényesen megszűnt.

Ugyanezt azonban – a fent említett okok miatt – a köztörvényes büntettek (illetve a többi, nem politikai deliktum) kapcsán az Országgyűléstől nem lehetett várni, ezért a Habel önálló akcióba kezdett. Az 1989. évi XXXII. törvénnyel (Abtv.) felállított, a magyar jogrendszerben addig nem ismert Alkotmánybíróság¹⁰² ugyanis megkapta azt a jogot, hogy

¹⁰¹ A Büntető Törvénykönyvről szóló 1978. évi IV. törvény módosításáról rendelkező 1989. évi XVI. törvény kihirdetése és hatályba lépése 1989. június 15-én történt meg.

¹⁰² 1984 óta ugyan létezett egy Alkotmányjogi Tanács nevű szerv, amelyet az 1984. évi I. törvény hozott létre, és amely ténylegesen 1984. június 6-án alakult meg, ez azonban pusztán egy 11-17 tagú, az Országgyűlés egy speciális bizottságaként működő (többségében országgyűlési képviselőkből, kisebb részben külsősökből álló) testület volt, mely meglehetősen korlátozott hatáskörrel rendelkezett, és még azzal sem igen élt fennállása alatt. Például az Alkotmányjogi Tanács elvileg ellenőrizhette bármely jogszabály és jogi iránymutatás alkotmányellenességét, valamint közreműködhetett az Alkotmány rendelkezéseinek értelmezésében (1984. évi I. törvény 2. §), ám az előbbi keretében csak az alsóbb szintű normatív döntések végrehajtását függeszthette fel, a törvény, a törvényerejű rendelet, illetve a Legfelsőbb Bíróság irányelve és elvi döntése végrehajtását nem (18. §);

utólagos absztrakt normakontroll révén megsemmisítse azokat a jogszabályokat vagy jogszabályi rendelkezéseket, amelyek az Alkotmánnyal ellentétesek. Ahhoz azonban, hogy a halálbüntetéssel kapcsolatban a Liga sikerrel járjon, szükség volt még egy dologra: az Alkotmány (az 1949. évi XX. törvény) gyökeres átalakítására, amelyre az 1989. évi XXXI. törvénnyel került sor. Egyrészt ugyanis ennek 34. §-a beépítette az Alkotmány szövegébe (egészen pontosan annak 54. §-ába) az élethez és az emberi méltósághoz való jogot,¹⁰³ másrészt annak 2. §-a beiktatta az Alkotmány 8. §-ának (4) bekezdésébe azt a rendelkezést, amely egyebek mellett az élethez és a méltósághoz való jogok tekintetében is megtiltja, hogy azokat bármilyen esetben is korlátozzák.¹⁰⁴ Mindezek hatására a törvényi feltételek készen álltak arra, hogy az Alkotmánybíróság megállapítsa a halálbüntetés alkotmányellenességét. Az erre irányuló beadványt a Habel nevében Horváth Tibor 1990 januárjában nyújtotta be az Alkotmánybíróságnak. A kérelem maga nem volt egy egész oldal sem,¹⁰⁵ az ahhoz csatolt tanulmány azonban, amely bemutatta az abolicionizmus történetét, valamint amely vázolta a halálbüntetés ellen szóló jogi, erkölcsi és praktikus érveket, mintegy hetven oldalt tett ki. Az Alkotmánybíróság a beadvány megalapozottságának eldöntéséhez való segítségnyújtás végett három szakértőt kért fel, valamint kikérte a kérdésről a Legfelsőbb Bíróság elnökének, a legfőbb ügyésznek és az igazságügy-miniszternek a véleményét.

A három szakértő közül Földvári József, a Janus Pannonius Tudományegyetem (ma: Pécsi Tudományegyetem) büntetőjogász professzora a halálbüntetés alkotmányosságának vagy alkotmányellenességének kérdésében nem foglalt állást, pusztán büntetőjogi oldalról közelítette meg a problémát. Ennek során kifejtette, hogy ugyan a halálbüntetés sem speciálprevenzív szempontból nem elfogadható (hiszen az egyén újabb bűncselekmények elkövetésétől való visszatartására más, enyhébb büntetés /az életfogytig tartó szabadságvesztés/ is elegendő), sem

ezen esetekben legfeljebb a véleményét tartalmazó határozatot küldhette meg (mintegy figyelemfelhívásképpen) az illetékes szervnek (20. §). Az elmondottakból is látható tehát, hogy lényeges érdemi hatásköre az Alkotmányjogi Tanácsnak nem volt (és ami volt, a gyakorlatban azzal sem élt), ezért az nem tekinthető sem az Alkotmánybíróság jogelődjének, sem egy, az Alkotmánybírósághoz (tartalmilag) hasonló testületnek.

¹⁰³ „A Magyar Köztársaságban minden embernek veleszületett joga van az élethez és az emberi méltósághoz, amelyektől senkit nem lehet önkényesen megfosztani.” [Alkotmány 54. § (1) bek.]

¹⁰⁴ Eszerint ezen alapvető jogokat még rendkívüli állapot, szükségállapot vagy veszélyhelyzet idején sem lehet korlátozni vagy felfüggeszteni. A 8. § (4) bekezdésének végső szövegét azonban nem az 1989. évi XXXI. törvény, hanem az 1990. évi XL. törvény 3. § (2) bekezdése állapította meg. Ennek értelmében az 1990. június 25. óta hatályos szöveg a következő: „Rendkívüli állapot, szükségállapot vagy veszélyhelyzet idején az alapvető jogok gyakorlása – az 54-56. §-ban, az 57. § (2)-(4) bekezdésében, a 60. §-ban, a 66-69. §-ban és a 70/E. §-ban megállapított alapvető jogok kivételével – felfüggeszthető vagy korlátozható.” Az 1990. évi XL. törvény 3. § (1) bekezdése ugyanakkor (ugyanúgy június 25-i hatállyal) az Alkotmány 8. §-ának (2) bekezdését is megváltoztatta (amely szintén fontos lesz a halálbüntetés eltörléséről rendelkező ABH vonatkozásában), ennek azóta hatályos szövege így hangzik: „A Magyar Köztársaságban az alapvető jogokra és kötelességekre vonatkozó szabályokat törvény állapítja meg, alapvető jog lényeges tartalmát azonban nem korlátozhatja.” (A 8. § (3) bekezdését pedig ugyanezen törvény 51. § (1) bekezdése helyezte hatályon kívül.)

¹⁰⁵ Az 1990. január 17-i keltéssel ellátott és Horváth Tibor mint a Halálbüntetést Ellenzők Ligájának elnöke által aláírt beadvány szövege a következő volt: „Tisztelt Alkotmánybíróság! A Halálbüntetést Ellenzők Ligája nevében alkotmányjogi panaszt jelentek be a halálbüntetést elrendelő büntető törvények ellen és kérem e törvények alkotmányellenességének utólagos kimondását. Az 1989. évi XXXI. törvénnyel módosított Alkotmány 54. §-ának (1) bekezdése kimondja, hogy << A Magyar Köztársaságban minden embernek veleszületett joga van az élethez és az emberi méltósághoz, ...>> illetve, hogy << Senkit nem lehet kínzásnak, kegyetlen, embertelen, megalázó elbánásnak vagy büntetésnek alávetni...>> [Ez utóbbit valójában az 54. § (2) bekezdése mondja ki – megjegyzés tőlem /T.J.Z./] A Liga álláspontja szerint a hatályos büntetőtörvényeknek a halálbüntetéssel kapcsolatos rendelkezései ellentétben állnak az Alkotmány fent idézett rendelkezéseivel, sértik az emberi jogokat. A halálbüntetés mint a jus talionis elvének maradványa etikailag nem igazolható, összeférhetetlen az emberi jogokkal, jóvátehetően és visszafordíthatatlan, illetve a halálbüntetéssel fenyegetett súlyos bűncselekmények megelőzésére vagy azoktól elrettentésre alkalmatlan és célszerűtlen büntetési eszköz. A halálbüntetés helyett a társadalom védelmét bármely bűncselekmény vonatkozásában az életfogytig tartó vagy hosszútartamú határozott – hűsz vagy huszonöt éves – szabadságvesztés kielégítően szolgálja. A Liga álláspontjának részletes indokolását a mellékelt szakvélemény tartalmazza.”

generálpreventíve nem indokolható (egy büntetés alkalmazásának másokkal szembeni hatása nem mérhető), mégis: e büntetési nem fenntartását alapvetően a jogalkotó kell, hogy mérlegelje, annak elismerése vagy fenntartása tehát nem jogi, hanem erkölcsi-politikai döntést igényel.

Korinek László kriminológus, kriminálstatisztikus a halálbüntetés elrettentő-visszatartó hatását elemezte, melynek kapcsán rögtön szakvéleménye elején leszögezte, hogy nem létezik akkora idősor, melyben hosszú időn keresztül valamennyi releváns adat (a halálbüntetés léte kivételével) változatlan lenne. A halálbüntetés eltörlése ugyanis tipikusan együttjár olyan egyéb társadalmi átalakulásokkal, amelyek kapcsán nem lehet biztosan eldönteni, hogy a bűnözés esetleges csökkenését vagy növekedését a halálbüntetés eltörlése vagy visszaállítása, avagy az ezen döntésre is ható politikai-gazdasági változás indukálta; „tehát ... a halálbüntetés körül folyó vitában a statisztika abszolút perdöntő bizonyítékokat képtelen szolgáltatni”.¹⁰⁶ Mindazonáltal „nagy valószínűséggel állítható ..., hogy valamely államban az emberöléses büntettek növekedése vagy csökkenése sokkal inkább olyan stabil szocio-kulturális hatások eredőjeként formálódik, mint például a képzettség, városiasodás, semmint, hogy az adott jogrend elismeri-e, vagy elveti-e a halálbüntetést. Amiből viszont az is következik, hogy a halálbüntetés eltörlése körüli bűnözés emelkedése vagy csökkenése csak esetlegesen eshet egybe ezzel a törvényhozói aktussal.”¹⁰⁷ Ezt követően Korinek László a különböző (életellenes) bűnözői típusokat vizsgálja, és megállapítja, hogy a gyilkosok közül mindössze azon szűk réteggel (és annak is csak egy részével) szemben bír a halálbüntetés elrettentő erővel, akik hidegen mérlegelik tettük következményeit; a többi elkövetői típus magatartását ez a szankció (és ez persze igaz másfajta büntetésekre is) nem befolyásolja. Végül pedig arra a következtetésre jut, hogy „a halálbüntetés eltörlése után ... sehol nem következett be lavinaszerű bűnözésemelkedés, és pedig azért nem, mert a halálbüntetés léte vagy nem léte nem az össz-bűnözésre, hanem a lakossági bűnözési attitűdrendszerre (félelem, bosszúvágy) bír hatással”;¹⁰⁸ a halálbüntetésnek tehát Korinek szerint megelőző-elrettentő funkciója nincs, csak a társadalmat megnyugtató, illetve az emberek igazságérzetét kielégítő funkcióval bír.

Végül Sajó András minden szempontból a halálbüntetés ellen foglalt állást. Szerinte az először is önkényes, mivel „hasonló büntettek ugyanazon országban ugyanazon időszakban eltérő elbírálás alá eshetnek”;¹⁰⁹ de ugyancsak ezt eredményezi az is, hogy az ügyész döntésén múlik, indítványoz-e halálbüntetést; hogy a kegyelmi kérvényről döntő szerv vagy személy a maga szempontjai szerint ad vagy nem ad kegyelmet; hogy a Btk.-ban szereplő „kivételesen” kitétel objektíve értelmezhetetlen, és hogy az egyéb alkalmazási feltételek (a bűncselekmény és az elkövető kiemelkedő társadalomra veszélyessége, a bűnösség különösen magas foka) ugyancsak határozatlanok és semmitmondóak;¹¹⁰ hogy az ítélet kiszabásakor sohasem lehet

¹⁰⁶ In: Horváth Tibor (szerk.): A halálbüntetés megszüntetése Magyarországon. Dokumentumgyűjtemény. Halálbüntetést Ellenzők Ligája, Miskolc, 1991, 77. o.

¹⁰⁷ I.m. 84. o.

¹⁰⁸ I.m. 89. o.

¹⁰⁹ I.m. 91. o.

¹¹⁰ Ez utóbbi két érv azonban nem állhatja meg a helyét. Ha ugyanis elfogadnánk azt, hogy egy büntetési nem (legyen az akár maga a halálbüntetés) *azon okból* alkotmányellenes lehet, hogy a törvény a kiszabásával kapcsolatban lehetőséget ad a bírói mérlegelésre, akkor el kellene ismernünk azt is, hogy *ugyanezen ok* más büntetések esetén is alkotmányellenességet eredményez (hiszen ha egy helyzet – jelesül a bírói mérlegelés lehetőségének a ténye – alkotmányellenes, akkor annak minden megvalósulási formája esetén alkotmányellenesnek kell lennie). Ha azonban ezt elfogadnánk, akkor az egész büntetőjogi rendszerünket, az összes Btk.-beli különös részi tényállást és magát a Büntető Törvénykönyvet is meg kellene semmisítenünk alkotmányellenesség címén, lévén hogy az minden egyes konkrét bűncselekmény esetén lehetőséget ad az ilyen bírói diszkrécióra. (A halálbüntetés vagy szabadságvesztés dilemmájától kvantitatíve talán eltér, kvalitatíve azonban azzal megegyezik az is, ha például a bíró a rablónak alapesetben járó kettőtől nyolc évig terjedő szabadságvesztés keretei között /Sajó András-i értelemben *önkéntesen*/ mérlegel, és miközben az egyik bíró egy adott bűncselekmény elkövetőjével szemben mindössze két évet /esetleg csak másfelet/ szab ki, akár felfüggesztve /hiszen a legfeljebb kétéves szabadságvesztés végrehajtását fel lehet függeszteni/, addig ugyanazon tényállás

száz százalékos bizonyossággal kimondani, hogy a társadalom védelme csak a halálbüntetés alkalmazásával biztosítható; hogy „a halálbüntetés esetén a jogrendszer intézményesíti a jóvátehetetlen bírói tévedést, mely mint tévedés tartalmilag kétségkívül önkényes”,¹¹¹ hogy politikai okokból felhasználhatják ezt a szankciót arra, hogy az ellenfelekkel ilyen módon, a törvényesség látszata alatt leszámoljanak; hogy a Magyarországon alkalmazott akasztás kegyetlen; valamint hogy a kivégzésre várakozás az elítélt hozzátartozóinak is szenvedést jelent. Másodszor Sajó azért is alkotmányellenesnek tartja ezt a büntetési nemet, mert annak alkalmazása sérti az emberi méltóságot, hiszen a kivégzés során az embert pusztán tárgyként kezelik. Kifejti, hogy „a méltóság nem az ember veleszületett joga, hanem megszüntethetetlen adottsága”,¹¹² amelyetől épp ezért semmilyen módon meg nem fosztható (a halálbüntetés pedig – egyebek mellett – amiatt alkotmányellenes, mert az emberi méltóság kifejtésének és kifejezésének objektív feltételét, az életet szünteti meg). Végül harmadszor a halálbüntetés ellenkezik a jogállam büntetési céljával, illetve a büntetési cél jogállami követelményeivel, amelyek kimondják, hogy a büntetési célokat a lehető legkisebb jogsérelemmel kell megvalósítani (és a halálbüntetésnél léteznek enyhébb szankciók, amelyek ugyanazzal a hatással járnak),¹¹³ valamint amelyek szerint a büntetés nem lesz alkotmányosnak tekinthető pusztán a „gyakorlati szükségessége” okán.¹¹⁴

A szakértői vélemények 1990 februárjára készültek el, az igazságügy-miniszter pedig márciusban küldte meg az Alkotmánybíróságnak írásos állásfoglalását. Ebben kifejtette, hogy véleménye szerint a halálbüntetés alkotmányellenes, mivel antihumánus, erkölcsileg nem igazolható és a büntetés célját nem szolgálja vagy nem szolgálja jobban, mint más büntetések. A halálbüntetés kérdésének tárgyalását az Alkotmánybíróság 1990. október 16-ára tűzte ki. Ez (akkor még) nyilvános ülés volt, amelyen megjelenhettek az érdeklődők, sőt még Horváth Tibor

esetén egy másik bíró négy vagy öt év /természetesen letöltendő/ fegyházbüntetést alkalmaz.) Ugyanez a helyzet a kegyelmezési jog esetében is. Ha egyáltalán elismerjük az egyéni kegyelem indoklás nélküli gyakorlásának jogát (és jelenleg elismerjük), akkor elismerjük az önkény jogszerűségét is; ez az önkény azonban tulajdonságaiban nem más egyik büntett esetében sem. Vagyis ha a halálbüntetés kegyelemből történő átváltoztatása (mérséklése) vagy *ad absurdum* teljes elengedése alkotmányellenes (mivel önkényes), akkor az egyéni kegyelem gyakorlása minden más büntetés esetében alkotmányellenes kell legyen (hiszen az is önkényes). Véleményem szerint Sajó András erkölcsi felfogása annyira a halálbüntetés ellenfelévé tette, és annyira be akarta minden lehetséges és számba jöhető érveléssel bizonyítani, hogy ez a szankciónem ellenkezik az Alkotmánnyal, hogy ezekre a logikai következményekre nem figyelt, pedig az *argumentum ad absurdum* érve alkalmazásával könnyen belátható, hogy a fenti indoklás alkalmazása veszélyes és nem kívánt következményekre vezethet (józan ésszel senki sem kívánhatja például, hogy a bíró abszolút határozott szankciókat alkalmazhasson csak minden esetben, és az egyéniesítést még előzetesen a törvényben /a súlyosító és enyhítő körülmények csaknem végtelen számára tekintettel nyilván több ezer paragrafusban/ maga a jogalkotó végezze el). Mindez persze a halálbüntetés alkotmányellenességének megítélésén semmit sem változtat, hiszen az összes többi érv rendelkezésre áll ezen jogkövetkezmény alkotmányellenesnek tartásához; vagy más szavakkal: az állításnak magának az igazságtartalmáról semmit nem árul el az, hogy az adott állítás igazolására szolgáló valamely érv tévesnek bizonyult.

¹¹¹ I.m. 92. o.

¹¹² I.m. 95. o.

¹¹³ „Az alkotmány nem hatalmazza fel a törvényhozót halálbüntetés törvénybe iktatására. Mint demokratikus jogállami igényű alkotmány ezt nem is teheti meg. Az elfogadott büntetési rendszernek ugyanis az alkotmányban foglalt jogok és köteleességek biztosításához minimálisan szükséges szankciót kell meghatároznia, amit azután a bíróság a büntetékiszabás során az arányosság elvének megfelelően konkretizál.” (I.m. 96. o.)

¹¹⁴ Sajó András a halálbüntetés alkotmányellenességének indokait összegezve kifejti: „A halálbüntetés alkotmányellenes, mivel törvényi meghatározás hiányában, de ezen túl, az ítélkezési folyamat természeténél fogva is, kiszabásában elkerülhetlenül önkényes és végrehajtása folytán kegyetlen büntetés; mivel összegeztethetetlen az emberi méltósággal és az emberi méltóság elidegeníthetlenségével, ellentmond az alkotmányban foglalt jogállamiság-eszmének és mivel – kifejezetten alkotmányos felhatalmazás nélkül – kiterjeszti az állam büntetőhatalmát az elkerülhetetlenül szükséges körén túlra.” (I.m. 98. o.)

mint indítványozó is felszólalhatott.¹¹⁵ Ezen a teljes ülésen ismertették az előbb bemutatott szakértői véleményeket, felszólalt az igazságügy-miniszter¹¹⁶ képviselője, valamint Solt Pál, a Legfelsőbb Bíróság elnöke és Györgyi Kálmán legfőbb ügyész is. Előbbi úgy vélekedett, hogy a halálbüntetés általában és a jelen történelmi szituációban Magyarországon is mind jogi, mind erkölcsi szempontból igazolhatatlan szankciónem, tehát alkotmányellenes. Utóbbi pedig egyrészt kinyilvánította, hogy ő személy szerint az abolíció híve, másrészt azonban felhívta arra is a figyelmet, hogy – a beadvány kérésével ellentétben – önmagában az 54. § (1) bekezdése alapján nem lehet kimondani a halálbüntetés alkotmányellenességét, mivel az a nem önkényes életelvétel lehetőségét még nem zárja ki, hanem ehhez (az alkotmányellenesség megállapításához) azt, valamint a 8. § (2) bekezdését egymásra vonatkoztatva kell értelmezni, csak így lehet ugyanis kizárni azt, hogy az 54. § (1) bekezdésében említett „önkényes” jelző ne implikálhassa a halálbüntetés megengedettességét.

Ezt követően az Alkotmánybíróság tagjainak egy hetük volt arra, hogy meghozzák döntésüket, illetve hogy megindokolják azt, és megírják párhuzamos vagy különvéleményeiket. A sorsfordító határozat meghozatalára 1990. október 24-én került sor, amikor is az Alkotmánybíróság 8:1 arányban úgy döntött, hogy a halálbüntetés alkotmányellenes. A határozat a Magyar Közlönyben való közzététele napján, október 31-én lépett hatályba [23/1990. (X. 31.) AB határozat], és e nappal veszítették hatályukat mindazok a jogszabályok, amelyek korábban a halálbüntetés alkalmazásának feltételeit rögzítették.¹¹⁷ Az ABH indokolása kimondta, hogy „... Magyarországon az élethez és az emberi méltósághoz való jog ... minden embernek veleszületett, sérthetetlen és elidegeníthetetlen alapvető joga. A magyar államnak az élethez és az emberi méltósághoz való jog tekintetében is elsődrendű kötelessége, hogy ezeket tiszteletben tartsa és védelmezze. ... Az Alkotmány 8. § (2) bekezdésének hatályos rendelkezése szerint <<a Magyar Köztársaságban az alapvető jogokra és kötelességekre vonatkozó szabályokat törvény állapítja meg, alapvető jog lényeges tartalmát azonban nem korlátozhatja>>. Az Alkotmánybíróság úgy ítélte meg, hogy a Btk.-nak és a kapcsolódó hivatkozott jogszabályoknak a halálbüntetésre vonatkozó rendelkezései az élethez és az emberi méltósághoz való jog lényeges tartalma korlátozásának tilalmába ütköznek. Az élettől és az emberi méltóságtól halálbüntetéssel való megfosztásra vonatkozó rendelkezések ugyanis az élethez és az emberi méltósághoz való alapvető jog lényeges tartalmát nemcsak korlátozzák, hanem az életnek és az emberi méltóságnak, illetve az ezt biztosító jognak a teljes és helyrehozhatatlan megsemmisítését engedik meg. Ezért megállapította alkotmányellenességüket és megsemmisítette ezeket.” Ezzel pedig Magyarországon végérvényesen megszűnt annak lehetősége, hogy hivatalos eljárásban, államilag szabályozott és az állam által legitimált keretek között bárkit is kivégezzenek. És bár ezt követően még

¹¹⁵ Később az Alkotmánybíróság ügyrendje megtiltja ezt, és onnantól kezdve az alkotmánybírák kizárólag írásos dokumentumok alapján döntenek.

¹¹⁶ Az igazságügy-miniszter ekkor már nem a véleményt elkészítő Kulcsár Kálmán volt, aki 1988 júniusától 1990 májusáig töltötte be ezt a tisztséget, hanem a demokratikus választások folytán hatalomra került vezető kormánypárt, az MDF képviselője, Balsai István.

¹¹⁷ Így az Alkotmánybíróság alkotmányellenesnek nyilvánította és a közzététel napjával (október 31-ével) megsemmisítette az 1978. évi IV. törvény (Btk.) 38. § (1) bekezdés 1. pontját, 39. és 84. §-át, az 1973. évi I. tv. (Be.) 399. §-át, az 1979. évi 11. tvr. (Bv. tvr.) 17. és 18. §-át, a Büntetés-végrehajtási Szabályzatról szóló 8/1979. (VI. 30.) IM rendelet 151., 152. és 153. §-át, továbbá eltörölte a Btk. 155. § (1) bekezdésében, a 158. § (2) bekezdésében, a 160. §-ban, a 163. §-ban, a 166. § (2) bekezdésében, a 261. § (2) bekezdésében, a 262. § (2) bekezdésében, a 343. § (4) bekezdésében, a 346. § (1) bekezdésében, a 347. §-ban, a 348. § (3) bekezdésében, a 352. § (3) és (4) bekezdésében, a 354. § (3) bekezdésében, a 355. § (5) bekezdésében, a 363. § (2) bekezdésében, a 364. §-ban, valamint a 365. §-ban megtalálható azon kitételeket, amelyek a kiszabható büntetési nemek megállapításánál a „halálbüntetés” szankcióját mint alkalmazható büntetési nemet jelölték meg.

történtek szórványos kísérletek a halálbüntetés népszavazás útján való visszaállítására,¹¹⁸ ám 1990-ben a halálbüntetés korszaka Magyarországon egy teljes évezred után egyszer s mindenkorra véget ért.

¹¹⁸ Az Országos Választási Bizottság, illetve az Alkotmánybíróság azonban e népszavazási kezdeményezések mindegyikét elutasította. [Lásd ehhez a 88/1998. (XI. 20.), az 1/1999. (I. 14.) és a 8/1999. (III. 29.) OVB határozatokat, valamint a 2/1999. (III. 3.) AB végzést és a 11/1999. (V. 7.) AB határozatot!]

Felhasznált irodalom

1. A halálbüntetés és jövője a magyar büntetőjogban. (A Magyar Jogász Szövetség Büntetőjogi Bizottságának vitaülése.) In: Jogász Szövetségi Értekezések, 1984/1. szám
2. Babus Endre: Gyilokjáró. In: HVG, 1993. szept. 11., 96-98. o.
3. Botos Gábor: Indokolt-e a halálbüntetés újbóli bevezetése hazánkban? In: Belügyi Szemle, 1995/6. szám, 72-79. o.
4. Csizmadia Andor – Kovács Kálmán – Asztalos László: Magyar állam- és jogtörténet. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1995
5. Firon András: Káinbélyeg. Nyugdíjazzuk-e végleg a hóhért? Panoráma Kiadó, Budapest, 1991
6. Földvári József: Magyar büntetőjog (Általános rész). Osiris Kiadó, Budapest, 2002
7. Györgyi Kálmán: Büntetések és intézkedések. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984
8. Horváth Tibor (szerk.): A halálbüntetés megszüntetése Magyarországon. Dokumentumgyűjtemény. Halálbüntetést Ellenzők Ligája, Miskolc, 1991
9. Horváth Tibor: Halálbüntetés Magyarországon. In: Sebes Ágnes (szerk.): A halálbüntetésről. Medvetánc Füzetek, Magvető Könyvkiadó, Budapest, 1990, 219-258. o.
10. Mezey Barna (szerk.): Magyar jogtörténet. Osiris Kiadó, Budapest, 1999
11. Nagy Ferenc – Tokaji Géza: A magyar büntetőjog általános része. Korona Kiadó, Budapest, 1998
12. Szabó Imre: A halálbüntetésről. In: Valóság, 1980/12. szám, 71-79. o.
13. Vigh József: A halálbüntetés eltörlésének időszerűségéről. In: Belügyi Szemle, 1995/1. szám, 15-20. o.
14. Zinner Tibor: A kádári megtorlás rendszere. Hamvas Intézet, Budapest, 2001

Tóth J. Zoltán

Bűn, büntetés, szabad akarat

Filozófiai alapok

A filozófia egyik legnagyobb problémája mindig is az volt, vajon létezik-e az embernek szabad akarata, illetve képes-e az emberiség a saját sorsát a maga kezébe venni, avagy fejlődésünk, történelmünk eleve elrendeltetett. Mindez nem pusztán elméletileg bír jelentőséggel, hanem gyakorlati szempontból is fontos, mivel ha a külső beavatkozás befolyásolni tudja a társadalmi folyamatokat, akkor azok a kívánt irányba fejleszthetők; ellenkező esetben viszont az ezért való küzdelem céltalan lesz. A legfontosabb eszközök egyike, amellyel az emberi magatartás befolyásolható, a jog; és annak a számára, aki a jog szabályait effektíve meghatározza, nem lényegtelen, hogy céljait milyen módokon érheti el. És mivel az emberi együttélést biztosító legfontosabb normák a büntetőjogi (büntető jellegű) normák, ezért nem véletlen, hogy a jog és a szabad akarat közti viszonyt a legtöbb filozófus azzal összefüggésben tárgyalta, hogy a büntetések hatnak-e, és ha igen, akkor hogyan, a jövőbeni bűncselekményekre. (Mint majd látni fogjuk, ugyane viszony modern büntetőjogi és jogelméleti megközelítései nagyrészt pusztán az évszázadokkal-évezredekkel korábban lefolytatott viták új köntösben való és más aspektusokra hangsúlyt helyező ismétlései lesznek.) E fejezetben a filozófiatörténet nagyjainak e tekintetben kifejtett jellegzetes gondolatmenetével ismerkedünk meg, bemutatva mindazokat a sajátos felfogásokat, amelyek alapján a büntetéseknek a bűncselekmények elkövetésében játszott szerepe elméletileg megközelíthető.

Az ókori Hellász két legnagyobb bölcselője, Platón és Arisztotelész is hitt abban, hogy az emberi cselekedetek befolyásolhatók, és ha az együttélést megmértelyező gonoszság nem is, annak megnyilatkozásai (azaz maguk a bűncselekmények) visszaszoríthatók. A különbség kettejük között az volt, hogy míg Platón a jövőbeni büntettek megelőzését a jog, és benne a törvényhozó által előírt büntetések kifejezett céljai közé sorolta, addig Arisztotelész szerint a büntetéseknek nem célja, pusztán a hatása az újabb közösségellenes tettek megakadályozása. Platón a ma „relatívnak” nevezett büntetéselméletét (valószínűleg Prótagorász gondolatai alapján) a következőképpen fogalmazza meg: „Nem a már elkövetett gonosztett miatt kell [a bűnözőnek] a büntetést lerónia – hiszen a megtörténtet úgysem lehet meg nem történné tenni – , hanem azért, hogy a jövőben vagy egyáltalán meggyűlöljön a bűnt ő maga is és mindazok, kik látták a bűnhődést, vagy legalábbis nagymértékben alábbhagyjanak az ilyen gyászos cselekedetekkel.”¹ Úgyszintén: „... szükség van a törvényhozásra, hogy megelőzzük az ilyen tetteket, és megfenyegessük azt, aki ilyesmire vetemednék ... egyrészt a bűnök megakadályozása, másrészt megbüntetése végett...”²

Ehhez képest Arisztotelész a ma „abszolútnak” hívott büntetéselméletek legkorábbi képviselője, aki az emberek között előfordulható kapcsolatok alapján az igazságosságnak két fajtáját különbözteti meg: az ún. osztó (disztributív), valamint a kiigazító (helyreállító, reparatív, illetve kiegyenlítő, kommutatív) igazságosságot. A büntetőjogi viszonyok nagyobbik része a kommutatív igazságossághoz tartozik, melynek lényege, hogy amennyiben két egyenlő személy közti viszony (például egy büntett következtében) megváltozik, akkor az állam az egyik személynek a jogtalan (igazságtalan) hasznából el kell, hogy vegyen annyit, amennyivel

¹ Platón: Törvények. (ford.: Kövendi Dénes) In: Platón összes művei, Harmadik kötet, Európa Könyvkiadó, Budapest, 1984, 957. o.

² I. m. 817. o.

az a középértéket túlhaladta, és ezt hozzá kell, hogy tegye annak az embernek a kárához, akinek az ügylet veszteséget jelentett. Ha pedig ez utóbbi nem is lehetséges, a bírónak mint az igazságosság reprezentánsának akkor is az a feladata, hogy a büntetés révén a bűnt elkövetőt megfossza attól az előnytől, amelyhez a bűn megvalósítása eredményeképpen hozzájutott, és így helyreállítsa a megsértett jogrendet, kiegyenlítse az igazságtalanságot. Ebben az esetben az igazságosság helyreállítása a kölcsönösség elvén alapszik: amilyen sérelmet az elkövető az áldozatnak³ okozott, a számtani igazságosságnak megfelelően ugyanolyan sérelmet kell, hogy ő maga is elszenvedjen. Az „igazságtalan és gonosz” személyekkel szemben az ártatlanokat, az igazság és az erények önkéntes követőit csak a megtorlással (a büntetéssel) való fenyegetés útján lehet megvédeni, az emberek ugyanis „természetből fogva úgy vannak alkotva, hogy nem a szeméremérzetnek engedelmessé válnak, hanem csupán a félelemnek, s az erkölcstelen dolgoktól nem ezek rútságára, hanem csupán a megtorlás miatt tartózkodnak...”⁴ Emiatt tehát „szükségünk van törvényekre; mert az emberek legnagyobb része inkább a kényszernek, semmint a szép szónak, s inkább a büntetésnek, semmint az erkölcsi kötelességnek engedelmessé válnak. Éppen ezért ... a törvényhozónak hivatgatnia kell ugyan a polgárokat az erényre, s buzdítania kell őket az erkölcs követésére, ... ámde az engedetlenekkel ... szemben ... büntetést és megtorlást kell alkalmaznia, ... mert ... a gonosz embert ... fájdalommal kell fenyegetni, akárcsak az igavonó barmot. Ezért szokták mondani, hogy ennek a fájdalomnak olyannak kell lennie, amely a legélesebb ellentétben van azzal a gyönyörrel, amelyet az illető kedvel.”^{5 6}

A keresztény gondolkodók közül Augustinus és Aquinói Tamás gondolatait érdemes kiemelni. Ágoston az ember szabad akaratát hirdette, amely egyedül indokolhatja a büntetések létjogosultságát. A szabad akaratot Isten ugyan azért adta az embereknek, hogy általa megtehessek a helyes dolgokat, ám ezzel lehetőséget biztosított számukra vétkek elkövetésére is. Azt, hogy ki „igaz” ember, aki méltó a túlvilági boldogságra, és ki nem az, csak általa lehet kideríteni, ha Isten biztosítja a lehetőséget a jócselekedetekre és a vétkezésre is, azaz ha van választási lehetőség (hiszen a determinizmus alapján nincs értelme sem a bűn, sem a büntetés fogalmának). „Hogyan is lehetne igazságosan büntetni, ha az akaratot arra használnánk, amire kaptuk?”⁷ „S hogyan lehetne igazságosságnak nevezni a bűnök megbüntetését és a jótettek jutalmazását, ha az ember nem rendelkezne szabad akarat?”⁸ Tamás ugyanakkor továbbfejleszti ezt az elméletet, és emellett, hogy azt vallja: létezik szabad akarat, egyúttal elismeri a predestinációt is. Ám az eleve elrendelés nála nem teszi az emberi cselekedeteket szükségsszerűekké, pusztán Istennek az idők folyásán túli tudását jeleníti meg. Isten ugyanis az időn kívül áll, számára egyszerre van jelen mindaz, ami az embereknek múlt, jelen vagy jövő, így látja azt is, ami az ember számára még csak eljövendő, de ez nem jelent kényszert vagy

³ Az áldozat nem feltétlenül egy konkrét személy, lehet a polgárok összessége, azaz maga az állam is.

⁴ Arisztotelész: Nikomakhoszi etika. (ford.: Szabó Miklós) Magyar Helikon, Budapest, 1971, 289. o. (Ugyanígy ennek folytatásaként: „... mivel ugyanis szenvedélyeiket követik, csupán a természetüknek megfelelő gyönyöröket ... hajszolják, ... míg a velük ellentétes fájdalmakat igyekeznek elkerülni; az erkölcsi szépről és a valóban gyönyörűségekről ellenben sejtelmük sincs, mivel ezt még nem ízlelték meg. Az ilyen embert ugyan miféle érvvel tudná más irányba hangolni? /Uo./)

⁵ I. m. 290-291. o.

⁶ Sokkal később ez az elképzelés (a bűncselekménnyel elérhető előny /anyagi haszon, élvezet, boldogság stb./ elvétele a büntetéstől okozott hátránnyal mint a bűncselekményektől való előzetes visszatartás eszköze) köszön vissza Paul Johann Anselm von Feuerbach pszichológiai alapú büntetéselméletében, valamint sok más (filozófiai) büntetési elméletben is.

⁷ Szent Ágoston: A boldog életről – A szabad akaratról. (ford.: Tar Ibolya) Európa Könyvkiadó, Budapest, 1989, 104. o.

⁸ Uo.

meghatározottságot az ember számára.⁹ Ezért hát Tamás szerint is „az embernek van szabadakarata, különben hiábavaló volna a tanács, buzdítás, tilalom, jutalom, büntetés.”¹⁰

Hugo Grotius szintén a szabad akarat létét hirdette; olyannyira, hogy nála a *ius puniendi* sem az állam meghatározott szerepén vagy betöltött funkcióján alapul: szerinte ugyanis az államnak az a joga, hogy a gonosztevéket megbüntesse, egyszerűen és kizárólagosan a „tettes bűncselekményéből folyik”.¹¹ Vagyis aki büntettet követ el, az „a saját akaratából kötelezi magát a büntetés elviselésére”,¹² tehát „aki szántszándékkal vétkezni akar, az következésképpen közvetve a büntetést is akarja”.¹³ Másképpen fogalmazva, aki tudatában van annak, hogy tette bűncselekmény, és mégis megvalósítja azt, annak tudnia kell, hogy ezért őt megbüntethetik (hiszen a törvény azzal, hogy az adott magatartást megtiltotta, előre figyelmeztette őt a szankció lehetőségére, ő pedig ennek fényében követte el a büntetést).¹⁴ Végső soron tehát a konkrét büntetés (bármilyen is legyen az), magán a bűncselekményen, illetve az azt elkövető személy szabad akaratán alapul, így minden esetben jogszerű lesz (azzal a természetszerű feltétellel, hogy megegyezik a törvényben előzetesen leírt szankcióval).¹⁵

Az eddig tárgyalt filozófusokhoz képest egy gyökeresen új elképzelést hoz be a büntetőfilozófiai eszmék körébe a francia felvilágosodás legtöbbet támadott és legradikálisabb társadalmi változtatásokat követelő gondolkodója, Holbach. Leghíresebb műve az 1770-ben Londres-ban álneven kiadott „A természet rendszere” (*Système de la Nature*) című munkája, melynek talán legjelentősebb gondolati magva (az ateizmus addig elképzelhetetlen nyíltsággal történő megvallása mellett) a fatalizmus mint a világ (mind a természeti, mind az attól

⁹ Vö.: Aquinói Tamás: Predestináció és szabadság. In: Schütz Antal: Aquinói Szent Tamás szemelvényekben. Szent István-Társulat, Budapest, 1943, 442-446. o.

¹⁰ Aquinói Tamás: Summa Theologica, I 83, 1. In: Schütz Antal: Aquinói Szent Tamás szemelvényekben. Szent István-Társulat, Budapest, 1943, 166. o.

¹¹ Grotius, Hugo: A háború és béke jogáról. /A vonatkozó idézeteket fordította: Brósz Róbert/ II. kötet, Pallas Stúdió – Attraktor Kft., Budapest, 1999, 21. o.

¹² Uo.

¹³ I. m. 22. o.

¹⁴ Ez az elképzelés oly mértékben hasonlít a későbbi hegeli büntetési teóriára, hogy alappal feltételezhető, hogy Hegel Grotiustól kölcsönözte ezeket a gondolatokat, vagy legalábbis saját büntetésfilozófiai felfogását ezek figyelembe vételével fogalmazta meg. De nemcsak Hegel vette át azt az elméleti koncepciót, hogy a büntetés a jogilag tiltott dolgokat elkövető személy felhatalmazásán alapuló aktus, hanem Antoine de Rivarol is. Ő ezt akként fogalmazta meg, hogy „a törvények nem egyebek, mint előre meghozott ítéletek”, (Rivarol, Antoine de: Az ember mint intellektuális és morális lény. /Részletek/ /ford.: Kis János/ In: Ludassy Mária /szerk./: A francia felvilágosodás morálfilozófiája. Gondolat Kiadó, Budapest, 1975, 770. o.), ezért az, aki önként és szabad elhatározásából választva a jó és a rossz, a törvényes és a törvénytelen között büntettet követ el, tulajdonképpen maga ítéli el önmagát, saját maga egyezik bele a törvény által előírt szankció vele szemben történő alkalmazásába.

¹⁵ Érdemes itt egy lábjegyzet erejéig kitérnünk Grotius büntetési célelméletére is. Az ő véleménye alapján a büntetések tényleges alkalmazása előtt két szempontot kell mérlegelni: először is azt, hogy a megbüntetendő személy megérdemli-e a büntetést, azaz tényleg olyan dolgot követett-e el, amely szankciót (vagy amely egy meghatározott szankciót) kell, hogy maga után vonjon; másodsor pedig azt, vajon a megérdemelt határon belül milyen súlyú büntetéssel érhetjük el a büntetés céljait. Míg az előbbi tehát arra a kérdésre keresi a választ, hogy a tettes mi okból követte el a cselekményt (minél inkább menthető az ok, annál kisebb büntetés is elegendő, és minél kevésbé menthető, annál súlyosabb szankciót kell alkalmazni), addig az utóbbi azt szeretné megtudni, hogy a büntetés céljait az „érdemek” határára belül milyen (mekkora) büntetéssel lehet elérni, vagyis ebben az esetben a büntetéstől remélt „hasznot” vesszük figyelembe a pontos szankció meghatározásakor. A cél minden esetben valamilyen előny elérése; sohasem azért büntetünk tehát, hogy egyszerűen elégtételt adjunk az áldozatnak, vagy hogy érvényre juttassuk az elvont „igazságot”; büntetni (a „megérdemelt” szankció keretein belül) mindig csak valamilyen pozitív és valós cél érdekében szabad, amely (mármint a büntetés alkalmazása) valakinek vagy valakiknek tényleges hasznot jelent. Ez a haszon Grotius szerint lehet az elkövető haszna (az ilyen fajta büntetést nevezi ő „megjavításnak”); a sértett haszna (ez a „megtorlás”, abban az értelemben, hogy a tettes megbüntetésére vagy tette elkövetésében való fizikai korlátozása révén meggátoljuk, hogy az áldozat az elkövetőtől újból jogtalanságot szenvedjen el); végül lehet bárki (mindenki) más haszna is (ez az elrettentés vagy „példamutatás”, amelynek eredményeképpen mások is biztonságban lesznek vagy az elkövetőtől, vagy az ő példáján okulva másoktól, vagy mindkettőtől).

elválaszthatatlan társadalmi világ) működésének magyarázatára szolgáló eszme hirdetése, lévén hogy Holbach szerint minden determinált, minden gondolat, cselekvés és történés előre meghatározott.

Az ember eszméi, érzései, a világ eseményeihez való hozzáállása, szándékai, viselkedése mind az őt ért különböző hatások (öröklött biológiai adottságai, neveltetése, környezetének behatásai, az általa megismert szokások stb.) eredőjeként állnak elő,¹⁶ így arról, hogy valaki bűnözővé válik-e vagy sem, nagyrészt maga a társadalom tehet, hiszen az nevelte belé a rossz szokásokat, vagy legalábbis az nem irtotta ki belőle a születésétől benne levő bűnözői hajlamot. A fatalizmus tanából azonban Holbach szerint nem következik a bűn és az erény, a jó és a rossz, az igazságos és az igazságtalan fogalmainak semmivé foszlása, ezek ugyanis a cselekvések által érintett emberekre való pozitív vagy negatív, általuk kívánatosnak vagy nemkívánatosnak tartott hatások kifejeződésai, és mint ilyenek létezésük valós. Mindennek pedig az is folyománya, hogy a bűn kategóriája is értelmezhető a fatalizmus fogalomkörében: ez pedig nem más, mint a társadalom megfogalmazott elvárásaival (törvényeivel) ellentétes magatartások által elkövetett olyan cselekedet, amely a társadalom számára kárt, hátrányt, kellemetlenséget okoz. (A bűn tehát Holbach szerint nem belső moralitásában, hanem csak külső /negatív/ hatásában értelmezhető.)¹⁷

Ha pedig van bűn, akkor lehetséges büntetés is,¹⁸ melynek végső célja az, hogy hozzájáruljon a mindenki számára egyértelműen előnyös társadalom fennmaradásához.¹⁹ Ezt elvileg két módon teheti meg. Egyrészt elrettentés útján, melynek során a szankciók alkalmazásával az állam elsődlegesen azt igyekszik elérni, hogy a bűnös kellően erős indítóokot kapjon arra, hogy többet bűncselekményt ne kövessen el, másodsorban pedig azt, hogy mások is (az elkövetőkkel történelemből okulva) a büntetéstől való félelem által tartózkodjanak olyan magatartásoktól, amelyek következményeként velük szemben is hasonló szankciók érvényesíthetők; másrészt ártalmatlanná tétel útján, amelynek révén a büntetett fizikailag megakadályozható abban, hogy újabb deliktumot valósítson meg. Ez a két módszer tipikusan egymást követően alkalmazandó. Először tehát (ha a cselekmény kisebb súlyú vagy első büntényesről van szó) olyan hatókokat kell mesterségesen létrehozni, amelyek felülmúlják a bűncselekmény elkövetésére indító motívumokat, vagyis amelyek új fátumot hoznak létre, mely eltér az ennek hiányában az egyénre váró sorstól;²⁰ ám ha ez nem működik, akkor a

¹⁶ „Életünk: vonal, amelyet a természet parancsol leírunk a föld felszínén, anélkül, hogy egy pillanatra is eltérhetnénk tőle.” (Holbach: A természet rendszere. A természeti és erkölcsi világ törvényei. /ford.: Bruckner János, Győry János, Szentmihályi János és Vajda Endre/ Akadémiai Kiadó, Budapest, 1978, 135. o.) „... az emberek cselekedetei sohasem szabadok. Mindig szükségképi következményei vérmérsékletüknek, kapott eszméiknek, a boldogságról alkotott helyes vagy téves fogalmaiknak, végül ama véleményeknek, melyeket a példa, a nevelés, a mindennapos tapasztalás erősít.” (I. m. 146. o.) „Az ember tehát életének egyetlen pillanatában sem szabad. Minden léptét szükségképen vezetik ama valóságos vagy képzeletbeli előnyök, amelyeket a szenvedélyeit felkeltő tárgyakhoz fűz.” (Uo.)

¹⁷ Ez az elképzelés a későbbiekben hatott Jeremy Bentham utilitarista (a társadalmi hasznosságot középpontba állító) társadalomfilozófiájának kialakítására.

¹⁸ Holbach azonban többször hangsúlyozza, hogy a büntetésnél jobb módszer a deliktumok megelőzésére az emberek nevelése-oktatása-felvilágosítása, illetve olyan körülmények (egy bizonyos szintű általános jólét, munkalehetőségek stb.) biztosítása, melyek nem csábítanak eleve a bűnre. Mindazonáltal a büntetés e feltételek garantálásának elhanyagolása esetén is jogos lesz annak szükségyszerűsége (nélkülözhetetlensége) okán, bár ilyenkor alkalmazása igazságtalan. (Ebből következik, hogy Holbach a társadalom fennmaradását, amelyet a büntetések vannak hivatva biztosítani, fontosabbnak tartotta, mint a szankciók alkalmazásának igazságosságát – ez is haszonelvűség-párti alapállását igazolja. /Vö.: i. m. 166-167. és 204-207. o.!)

¹⁹ „A törvények arra való, hogy fenntartsák a társadalmat és megakadályozzák a társult embereket, hogy egymásnak ártsanak. Tehát a törvények megbüntethetik azokat, akik zavarják a társadalom életét, vagy akik embertársaikra káros tetteket követnek el.” (I. m. 162. o.)

²⁰ Ez azt jelenti, hogy az egyén akarata ugyan nem szabad, mivel az az őt érő hatások jellegétől és mértékétől függ, ám a determináltság újabb hatókok közbeiktatásával más irányba befolyásolható; a büntetés nem más, mint egy ilyen hatóok. („Akár kényszer hatása alatt cselekvők a társult emberek, akár szabadon cselekszenek, elég annyi a

bűnöző számára lehetetlenné kell tenni, hogy újból árthasson embertársainak.²¹ Az előbbi tétel végső soron azt jelenti, hogy az egyén akarata ugyan nem szabad, mivel az az őt érő hatások jellegétől és mértékétől függ, ám a determináltság újabb hatóokok közbeiktatásával más irányba befolyásolható; a büntetés pedig nem más, mint egy ilyen hatóok.

Sok tekintetben Holbachéhoz hasonló gondolatokat fogalmazott meg Denis Diderot is. Szerinte a törvénynek nem az a célja, hogy jutalmazzon vagy büntessen, mivel ezeknek a fogalmaknak nincs értelme. Az ember ugyanis nem szabad; az emberi magatartás teljesen determinisztikus, lévén hogy azt az egyén biológiai tulajdonságai, környezeti hatásai, neveltetése stb. végletesen meghatározza.²² Emiatt a bűn és az erény fogalmai értelmezhetetlenek, hiszen bűn és erény csak ott lehetne, ahol van szabad akarat. Ám ha gonosz és jó emberek nem is léteznek, léteznek azért kártékony és jótékony egyének. És bár az ember hajlamai adottak, az emberi cselekvések indítóokait lehetséges oly módon befolyásolni, hogy valamilyen új indítóok a korábbiakat „felülírja”, és így félelmet keltve elrettentse azokat a személyeket a kártékony cselekvésektől, akik ezen új motívum hatásának hiánya folytán azokat véghezvitték volna. Holbach és Diderot felfogása között (azon túl, hogy a diderot-i elképzelés nem olyan kidolgozott, mint Holbaché) végső soron az a különbség, hogy bár egyikük sem hitt a szabad akaratban, ám míg Holbachnál ez nem jelentette a „jó”, a „helyes”, az „igazságos”, illetve a „bűn”, „büntetés” fogalmainak feladását vagy tagadását, hanem azt összeegyeztette (vagy legalábbis összeegyeztetni kívánta) a fatalizmus (determinizmus) tanával, addig Diderot teljes mértékben elvetette e kifejezések létjogosultságát.

Kant és Hegel elmélete az eddigiekhez képest más dimenzióba helyezi a determinizmus/indeterminizmus kérdéskörét; ők ugyanis hittek az ember szabad akaratában, de azt nem azonosították az egyéni önkényen alapuló, korlátlan cselekvési lehetőségekkel. Más hangsúlyokkal mindketten azt állították, hogy az ember valódi szabadsága korántsem egyenlő a természeti szabadsággal; náluk a szabadság fogalma morális, ennél fogva normatív értelemben jelenik meg, amelyet a jog épp azért részesít tiszteletben és rendel érvényesíteni, hogy a morális szabadság megvalósításától eltérő, vagy éppen azzal szembenálló cselekvéseket büntetni rendel, így tisztelve meg az embert mint racionális (a valódi szabadságot felfedezni és elérni képes) egyént. Mivel azonban egyikük elmélete sem foglalható össze néhány mondatban, ezért most nézzük meg kettejük szabadságról, bűnről, büntetésről és büntetési célokról alkotott elképzeléseit kicsit részletesebben.

Kant alapkategóriái, amelyek egész morálfilozófiáját meghatározzák, a tiszta (*a priori*) észhasználat, az akarat autonómiája és a szabadság fogalma. Kant szerint az emberi cselekvéseket meghatározó erkölcsi elvek két csoportra bontathatók: jogi normákra és erényekre; az előbbi elveket ennek megfelelően az erkölcsstan két része, a jogtan és az erénytan

törvények szempontjából, hogy módosítani lehet a cselekvőket. A büntető törvények oly indítékok, melyekről a tapasztalat mutatja, hogy pórázon tudják tartani vagy meg tudják semmisíteni azokat az ösztönzéseket, melyeket a szenvedélyek adnak az embereknek.” /Uo./ „Minden ember hajlamos a félelemre, ennél fogva a büntetéstől, vagy a vágyott boldogság elvesztésétől való félelem oly indítékok, melyeknek szükségképpen kisebb-nagyobb hatással kell lenniök akaratukra és cselekedeteikre.” /I. m. 163. o./

²¹ „És ha vannak, akik rossz beállítottságuk folytán ellenállnak a többiekre ható indítékoknak, vagyis érzéketlenek azok iránt, akkor ezek az emberek nem alkalmasak arra, hogy társadalomban éljenek, mert ellenszegülnek a társulás céljának, ellenségeivé válnak, akadályozzák törekvéseit. ... Következésképp ezeket a nem társas érzésű embereket megbüntetik, boldogtalanná teszik, vagy vétükük arányában kizárják a társadalomból, mint olyanokat, akik nemigen képesek arra, hogy a társadalom célkitűzéseit előmozdítsák.” (I. m. 163-164. o.)

²² „Ha jobban megnézzük, rájövünk, hogy a szabadság puszta szó, ami semmit sem jelent; szabad lények nincsenek, nem is lehetnek; az ember az, ami a világrendből, szervezeti adottságaiból, neveltetéséből és az események láncolatából következik. Ez határozza meg a sorsunkat és ez ellen nincs fellebbezés.” (Diderot, Denis: Levél Landois-hoz. /ford.: Csatlós János/ In: Ludassy Mária /szerk./: A francia felvilágosodás morálfilozófiája. Gondolat Kiadó, Budapest, 1975, 471. o.)

(etika) tartalmazza. A büntetések szempontjából az előbbinek van jelentősége, bár a szigorú vagy külső (értsd: tételes) jog nem (teljesen) független az etikai szempontoktól.²³

Mind a jog, mind az erények szerinti magatartások az emberek természetes észhasználatán alapulnak, olyan kötelezettségeken, amelyek az eszes lények azon felismeréséből következnek, hogy bizonyos cselekvések megvalósítása (és mások elkerülése) tulajdonképpen önérdükük.²⁴ Ezt fejezi ki az autonómia elve, amelynek sokszor megismételt kanti megfogalmazása szerint „úgy válasszunk, hogy választásunk maximái ugyanabban az akarásban egyúttal általános törvényként is benne foglaltassanak”.²⁵ ²⁶ (A „maxima” nem más, mint a cselekvő személynek a saját cselekvésére /cselekvéseire/ vonatkozó elve, amelyet önmaga állít fel merőben szubjektív szempontok alapul vételével önmaga számára; ezzel szemben az „általános törvény” objektív, mindenkire egységes szempontok szerint vonatkozó tétel.) Az autonómia akkor valósul meg, ha az egyén szubjektív szempontjai egyúttal megfelelnek az általános törvénynek is, vagyis ha a cselekvés egyéni indítóokai alkalmasak arra, hogy az mások (mindenki) cselekvésének indítóoka is legyen, anélkül hogy az bárki más hasonló cselekvéseit korlátozná. Ehhez el kell vonatkoztatni a tapasztalattól és a gyakorlati ismeretektől (amelyeket az „*a posteriori*” kategóriája fejez ki), és csak a tiszta (*a priori*) racionalitást lehet igénybe venni.²⁷ Ebben az esetben az akarat autonóm lesz, vagyis független minden külső objektumtól vagy céltől, más szóval az akarat önmagát határozza meg; ha ellenben az akaratot az akarat tárgya definiálja, akkor már (egy külső objektumtól) függő helyzetbe kerül, azaz heteronómmá válik.²⁸

²³ A függés lényege, hogy a jog szerinti cselekvés indítóokai etikai motívumok is lehetnek.

²⁴ Kant tehát az erkölcsi elvek két csoportját különböztette meg: a külső törvényhozás révén előálló jogi normákat, illetve a belső törvényhozás által keletkező erényeket. A pusztán a jogszabályoknak megfelelő magatartás a legalitás; az a cselekedet viszont, amelynek mozgatórugója az emberi ész (az a felismerés, hogy így helyes cselekedni), a moralitás. Ez utóbbi magasabb rendű, mivel az erkölcsi törvény elfogadásán, magáévá tételén alapul, míg az előbbi csupán a törvényekkel való véletlen egyezést mutat. (Az állami normák nem kívánják meg, hogy a törvények betartása erkölcsi motivációból történjen, azok tehát mindössze az emberek külső cselekvéseire vonatkoznak /másra nem is vonatkozhatnak./) A jogszabályok mint külső törvények (*leges externae*) további két részre bonthatók: a morállal egyébként egyező, de egyszersmind az állami jogalkotó által is előírt törvényekre (ezeket Kant „külső, ám természetes törvényeknek” nevezi), valamint a morálisan indifferens, „pozitív” vagy „tételes” törvényekre. A kettő között a legfőbb különbség az, hogy míg az előbbiek akkor is köteleznek, ha a velük kapcsolatos állami szabályozás és szankcionálás megszűnik, addig az utóbbiak pusztán addig bírnak érvénnyel (nem lévén belső etikai tartalmuk), amíg a törvényhozó nem helyezi azokat formálisan hatályon kívül.

²⁵ Kant, Immanuel: Az erkölcsök metafizikájának alapvetése. (ford.: Berényi Gábor) In: Kant, Immanuel: Az erkölcsök metafizikájának alapvetése – A gyakorlati ész kritikája – Az erkölcsök metafizikája, Gondolat Könyvkiadó, Budapest, 1991, 75. o. (A kanti idézetek eredetijében szereplő kiemeléseket minden esetben mellőztem. – T.J.Z.)

²⁶ Továbbá: „... cselekedj oly maxima szerint, amely egyszersmind általános törvény is lehet.” (Kant, Immanuel: Az erkölcsök metafizikája. /ford.: Berényi Gábor/ In: Kant, Immanuel: Az erkölcsök metafizikájának alapvetése – A gyakorlati ész kritikája – Az erkölcsök metafizikája, Gondolat Könyvkiadó, Budapest, 1991, 320. o.); „... csakis olyan maxima alapján cselekedjünk, amelynek önmaga mint általános törvény is tárgya lehet.” (Kant: Az erkölcsök metafizikájának alapvetése, 82. o.); stb.

²⁷ Az *a priori* „tapasztalat előtti” vagy „tapasztalattól független” jelent, míg az *a posteriori* „tapasztalat utáni” vagy „tapasztalattól függő”; az előbbi kategóriák pusztán a logikus gondolkodás eredményeként állnak elő, míg az utóbbiak meghatározott ténytényekből levont következtetésekkel.

²⁸ Az akarat autonómiája kategorikus imperatívuszokat (feltétlen parancsokat vagy tilalmakat), míg az akarat heteronómiája pusztán hipotetikus (feltételes) vagy technikai imperatívuszokat eredményez; az előbbiek morálisan minden körülmények között kötelezők, az utóbbiak viszont morálisan nem azok, kötelező mivoltuk csupán az akarat külső tárgyától függ (vagyis ha az adott objektumot nem akarom, akkor a hipotetikus imperatívusz már nem is lesz kötelező rám nézve). (Például akkor autonóm az akarat, ha azért nem hazudok, mert tudom, hogy az morálisan helytelen, mivel racionalitásom folytán belátom, hogy a hazugság rossz /ebben az esetben a hazugságot tiltó parancs kategorikus lesz/, és akkor heteronóm az akarat, ha azért nem hazudok, hogy mások becsületesnek tartsanak, hiszen ekkor akaratomat egy külső cél határozza meg /az ilyen imperatívusz tehát szükségképpen feltételes lesz./)

Az autonómia mint az akarat önmagának való törvényhozása (megalkotása valamely általános törvénynek) azért fontos, mert az emberek szabadsága csak e vonatkozásban értelmezhető. Ahhoz ugyanis, hogy az ember szabad legyen, külső cél nem szabhat neki törvényt; törvényt csak önmaga hozhat. E törvény azonban csak akkor lehet általános, ha azt a cselekvő nemcsak másokkal szemben alkalmazhatja, hanem mások is alkalmazhatják vele szemben. Vagyis az ész arra tanít, hogy cselekedeteink olyanok lehetnek, amilyeneket mi is elviselünk másoktól; ez garantálja szabadságunkat. Ha ugyanis cselekedetünk maximája (szubjektív elve) nem használható általános tételként, mert akként megfogalmazva önmagának mondana ellent, akkor szabadságunk valójában korlátozható, és mint ilyen (a korlátozás mértékében legalábbis) nem létezik. Például a lopás (más tulajdonának annak engedélye nélküli elvétele) azért nem megengedett, mert ha én mint tolvaj elismerném saját jogomat vagyonom mások vagyonából való gyarapítására, akkor ezzel elismerném azt az általános törvényt is, mely szerint a lopás szabad. Am ha a lopás megengedett, akkor tulajdonképpen senkinek sincs tulajdona, így magának a tolvajnak sem (hiszen ha ő cselekedetével a lopást *de facto* jogszerűnek nyilvánítja, akkor elismeri azt is, hogy tőle is jogszerűen lohatnak, ez viszont nyilvánvalóan nem lehetett az ő valódi akarata), azaz cselekedetének maximája (az öncélú vagyonszerzés) ellentmondott a cselekvésből generalizálható általános elvnek; ez tehát nem lehet az ész parancsa, nem lehet autonóm akarat, mert tagadja a szabadságot (mindenki szabadságát).

A szabadság nem más, mint „függetlenség másnak a kényszerítő önkényétől”.²⁹ Ez mindenki számára adott (elérhető), mivel a szabadság (ilyen értelmű felfogása szerint) „általános törvény szerint bármely más szabadsággal együtt fennállhat”.³⁰ Emiatt a szabadság egy tisztán negatív fogalom, melynek lényege, hogy mindenki (az ész parancsa alapján) köteles tartózkodni mindazon dolgoktól, amelyek mások szabadságát (függetlenségét) csorbítják, cserébe pedig elvárhatja, hogy mások is kötelesek legyenek tartózkodni vele szemben ilyen magatartásoktól.³¹ A kötelezettség ebben az értelemben morális (az ész parancsán alapuló) kötelezettség, amennyiben fizikailag áthágható, de erkölcsileg szükségszerű. A kötelezettségen alapuló cselekedet a kötelesség, amely nem más, mint kategorikus imperatívusz (az ész feltétlen előírása /parancsa vagy tilalma/); minden, ami nem előírt (parancsolt vagy tiltott), vagyis ami a kötelezettségnek nem mond ellent, az megengedett dolog.³² Végül is tehát Kant szerint jogtalan (igazságtalan) az a tett lesz, amely egy ilyen imperatívusz előírását megsérti, míg jogosnak számít mindaz a magatartás, amely nem ellenkezik egyetlen ilyen feltétlen paranccsal sem, vagyis amely anélkül megtehető, hogy általános törvénné emelve sértené bárki szabadságát (függetlenségét).

A jogtalan cselekedetet (a kötelességellenes magatartást) Kant kihágásnak (*reatus*) nevezi, amely gondatlanság esetén vétek (*culpa*), szándékosság (tudatosság) esetén pedig büntett (*dolus*). A büntettek mint a kötelességek szándékos megsértései állami reakciót

²⁹ Kant: Az erkölcsök metafizikája, 333. o.

³⁰ Kant: Az erkölcsök metafizikája, 333. o.

³¹ Látható tehát, hogy a szabadság fogalma csak negatívan, a mások általi behatásokkal szembeni védelemként értelmezhető, ugyanis csak így egyeztethető össze mások ugyanilyen irányú igényével. Az áll tehát Kant szerint szabadságomban, hogy olyasmit tegyek, amelyet fogalmilag más is megtehet velem szemben anélkül, hogy függetlenségemet sértené. („... senki nem kényszeríthet rá, hogy egy bizonyos módon legyek boldog ... hanem mindenki úgy keresheti boldogságát, ahogyan jónak látja, ha nem csorbítja ezzel mások abbéli szabadságát, hogy hasonló cél felé törekedjenek, mármint ha e szabadságuk mindenki más szabadságával valamely általános törvény szerint összefér...” /Kant, Immanuel: Ama közönségesen használt szólásról, hogy ez talán igaz az elméletben, ám a gyakorlatban mit sem ér. [ford.: Mesterházi Miklós] In: Kant, Immanuel: Történetfilozófiai írások. [szerk.: Mesterházi Miklós] Ictus Kiadó, Szeged, 1997, 187. o./) Ebből a szabadságfogalomból (illetve ennek védelmének az igényéből mint az ész feltétlen előírásából) következik a jog eszméje (fogalma is), eszerint „a jog mindenki szabadságának ama föltételhez szabott korlátozása, hogy az mindenki más szabadságával valamely általános törvény szerint összehangolható legyen” (i. m. 186. o.).

³² A megengedett cselekedetnek nincs erkölcsi relevanciája, mivel az ilyen magatartás nem kötelességen alapul.

követelnek, hiszen az ugyan elvárható a kötelesség megsértőjétől, hogy tisztában legyen jogtalanságának és tette emberi rációval (így végső soron saját valódi érdekével, önnön lényegi szabadságával) való szembenállásának, ám az már nem várható el, hogy ezt felismerve saját maga kényszerítse önmagát. Ehhez egy számára külsődleges hatalom kell, akinek joga van őt korlátozni, ezáltal pedig rákényszeríteni arra, hogy ne rövid távú, vélt érdeke, hanem igazi érdeke szerint cselekedjék. Ez a külsődleges hatalom az állam, amelynek reakciója (az elkövető önkényének korlátozása) a tettes aktusának jogtalansága miatt jogszerű (jogos) lesz.³³ A „kanti dialektika” szerint ugyanis a jogtalanság (a meg nem engedett önkény) más emberek szabadságának (extern behatásoktól való mentességének) akadálya. A szabadság azáltal mozdítható elő (azáltal *kell* előmozdítani), hogy annak akadályát megszüntetjük, vagyis az akadályozó tevékenységet meggátoljuk. Ez csak kényszer útján vihető végbe, amely kényszer emiatt (minthogy a jogtalanságot igyekszik megszüntetni és a jogszerű helyzetet visszaállítani) maga is jogszerű lesz. Az állam által alkalmazott kényszer (a közkényszer) a büntetés.

A társadalmi szerződésnek a megkötését is a törvényes közkényszer szükségessége indokolta, ez a szükségesség azonban nem az emberek eredendő kapzsiságából vagy gonoszágából eredt (amelyek megfékezése miatt vélte a legtöbb kontraktualista gondolkodó az állam, a polgári társadalom létrehozását elkerülhetetlennek), hanem abból, hogy a mégoly jogtisztelő és igazságos emberek is mást és mást gondolhatnak jogszerűnek. A természeti állapot tehát fogyatékos, mert minden embernek „joga van azt tenni, amit helyesnek és jónak vél, tekintet nélkül a másik ember véleményére”,³⁴ ez viszont szükségképpen szubjektív jogfelfogást eredményez, amely összeütközésbe kerülhet más emberek hasonlóan szubjektív igazságérzetével. Emiatt a természeti állapotból át kell lépni a polgári állapotba, ahol mindenki számára kötelező és egységes, tehát objektív törvény határozza meg, mi jogszerű, és mi nem az; a polgári társadalom előnye tehát a természetes állapotra jellemző jogbizonytalanság megszűnése. A törvényeket a legfőbb állami hatalom, a törvényhozó mint a szuverenitás letéteményese alkotja meg, amely nem más, mint maga a nép, az emberek összessége; a törvények címzettjei pedig az egyes (önmagukban álló) emberek.³⁵ Ahhoz viszont, hogy a törvények érvényesülhessenek, szükség van egy, a jogalkotótól személyében és feladataiban is elkülönült végrehajtó hatalomra³⁶ (amely azonban csak a törvények alapján járhat el), valamint egy bírói hatalomra, amelynek tagjait a törvényhozó és a végrehajtó hatalom nevezi ki, de ítélezésüket nem irányíthatja.

A hivatásos bírúk, valamint a népből választott esküdtek azok, akik a törvények megsértése (jogellenesség megvalósítása) esetén az állam nevében kényszerít (büntetést) alkalmazhatnak. Kant definíciója szerint a büntetés (*poena*) „a parancsadónak az a joga a neki alávetettel szemben, hogy bűncselekménye³⁷ miatt fájdalmat okozzon neki”.³⁸ A büntetés alapjául szolgáló bűncselekmény lehet magánbüntény, amely a polgári jog körébe, valamint közbüntény (köztörvényes /„nyilvános”/ bűncselekmény – *crimen publicum*),³⁹ amely az állami

³³ „Az az általános jogi törvény tehát: cselekedj úgy, hogy önkényed szabad használata bárki szabadságával általános törvény szerint férhessen össze, kötelezettséget támaszt ugyan velem szemben, de a legcsekélyebb mértékben sem várja el, még kevésbé követeli meg, hogy teljességgel e kötelezettség kedvéért magam korlátozzam szabadságomat a fenti feltételek szerint. Az ész csak annyit mond, hogy szabadságomat eszméje szerint ezek korlátozzák, s mások tevéleg korlátozhatják is...” (Kant: Az erkölcsök metafizikája, 326. o.)

³⁴ I. m. 416. o.

³⁵ A főhatalom tehát ugyanazokból a természetes személyekből áll, mint a nép, csak míg az előbbi összességében tekintetik jogalkotónak, az utóbbiak egyénileg minősülnek alattvalóknak. Ez az elképzelés egyértelműen Rousseau hatását mutatja.

³⁶ Ezt Kant „kormányzónak” nevezi.

³⁷ Bűncselekménynek (*crimen*) nevezik „a köztörvénynek azt az áthágását, amely elkövetőjét alkalmatlanná teszi arra, hogy állampolgár legyen” (i. m. 437. o.).

³⁸ Uo.

³⁹ Ez utóbbiakat Kant tovább kategorizálja erőszakos természetű (*indolis violentae*) és aljas természetű (*indolis abiectae*) bűncselekményekre.

büntetőjog körébe tartozik, mivel ez utóbbi az egész társadalmat veszélyezteti.⁴⁰ Kant tagadja, hogy a bírói büntetés⁴¹ (*poena forensis*) akár a speciális, akár a generális prevenció céljából alkalmazható lenne, mivel a büntetés öncélú;⁴² annak alkalmazására pusztán azért van szükség, mert büntettet követtek el.⁴³ A büntetés ilyen értelemben kategorikus imperatívusz, az ész feltétlen parancsa, amely csak akkor lehet autonóm, az ember valódi szabadságát elismerő aktus, ha azt nem egy külső tárgy határozza meg, hanem a tiszta, empiriától mentes emberi ráció termékeként jön létre, „hiszen az ember sohasem kezelhető úgy, mint valaki más szándékainak pusztán eszköze”.⁴⁴ A büntetésnek tehát nem lehet célja semmifajta haszon elérése, így nem lehet célja sem a bűnöző, sem mások visszatartása bűncselekmények megvalósításától;⁴⁵ a büntetés célja csak maga a büntetés lehet, ez felel meg egyedül az igazságosság elvének. Ez azonban önmagában nem mondja meg, hogy az egyes büntettek elkövetői milyen fajú és mértékű büntetést érdemelnek; Kant szerint az igazságosság alapján ez nem lehet más, mint az egyenlőség elvének alkalmazása. Hiszen „amennyire önhibádon kívül ártasz a nép egy másik tagjának, annyira ártasz magadnak is”,⁴⁶ ebből (és a „kanti dialektikából”) pedig az következik, hogy az elkövető által okozott sérelem mértékével egyező mértékű sérelemmel kell az államnak is a tettes igazságtalan (jogtalan) cselekményét megbüntetni.

Végül Kant a *ius puniendi* tárgyalása kapcsán kifejti, hogy a szankció alapja nem lehet semmiféle, az elkövető által adott vagy fikcióként feltételezett beleegyezés; a büntetés ugyanis fogalmilag attól büntetés, hogy azt valaki nem akarja, azzal szándéka ellenére szembesül, hiszen az, amit az ember akar, amire vágyik, az számára kívánatos, jó dolog, vagyis nem lehet *büntetés*. Valójában Kant szerint a büntetés alapja nem az, hogy a polgár a *büntetést* akarja (hiszen az lehetetlen), hanem az, hogy a *bűncselekményt* akarja. A büntetés pusztán a büntett jogszerű következménye, az igazságtalan tettetnek egy azzal arányos, de ellenkező hatású másik tettel (a büntetéssel) való kiegyenlítése, a büntetendő cselekedetnek mint külső megnyilvánulásnak az igazságosság elvéből következő szükségszerű folyománya, és mint ilyen, egy külső (az elkövető akaratától független) hatalmi aktus. Ha ugyanis nem az lenne (ha az elkövető akaratának a megvalósítása volna), akkor nem lenne büntetés.⁴⁷

⁴⁰ Lásd ehhez a korábban a lopásról elmondottakat!

⁴¹ A bírói büntetés megkülönböztetendő a természetes büntetéstől (*poena naturalis*), „amellyel a bűn önmagát bünteti” (i. m. 438. o.). (Kant nem mondja ki, de e megkülönböztetéssel utal rá, hogy azt a parómiát, miszerint „nem kell büntetni ott, ahol a természet maga büntet”, ő is elfogadja.)

⁴² Ezzel Kant szembeszállt a később „relatívnak” elnevezett elméletekkel, amelyek utilitarista szempontból fogták fel a büntetést, és amelyek az egyesek által eredetileg Prótagorásznak tulajdonított, később pedig Platón és Seneca, a kortársak közül pedig főképp Montesquieu és Beccaria által hangoztatott „*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccatur*” tételét tették magukévá.

⁴³ „A bírói büntetés ... sohasem tekinthető eszköznek valamely más jó előmozdítására, akár a tett elkövetője, akár a polgári társadalom érdekében – mindenkor csak azért kell kiszabni a bűnözőre, mert bűnözött...” (I. m. 438. o.) Az állam a büntetés jogáról semmiféle hasznossági cél érdekében sem mondhat le, mert azzal a büntetés mint a bűnre adott igazságos reakció fogalmilag semmivé foszlana, elenyészne. Ezért még a legnagyobb jótétemény célja sem igazolhatja a büntetés elengedését (kivéve, ha a cél az állam fennmaradása, mert anélkül nincs sem jog, sem igazságosság); így például akkor sem lehet a gyilkost életben hagyni, ha vállalja, hogy veszélyes, de a társadalom számára nagy előnyökkel kecsegtető orvosi kísérleteket végezzenek rajta, hiába lenne nemcsak neki, hanem az egész államnak és az egész népnek előnyös ez az „alku”; „a törvényszék ugyanis megszűnik törvényszék lenni, ha – mindegy, mennyiért – eladja magát” (uo.).

⁴⁴ Uo.

⁴⁵ Mindez azonban természetesen nem zárja ki, hogy az egyébként öncélú büntetés *hatása* újabb büntettek elkövetésének meggátlása legyen.

⁴⁶ Uo.

⁴⁷ „Büntetésben nem azért részesül valaki, mert büntetést, hanem azért, mert büntethető cselekedetet akart; nem büntetés ugyanis, ha az történik velünk, amit akarunk, és lehetetlen azt akarnunk, hogy megbüntessenek.” (I. m. 442. o.)

Hegel elméletének alapja szintén az akarat szabadsága. A jog mint jelenség szabad akarat nélkül nem értelmezhető; jogos vagy jogellenes cselekedet csak azáltal követhető el, hogy az egyén tisztában van ezekkel a fogalmakkal, és önálló döntést hoz a tekintetben, hogy az állami előírásokkal ellentétes magatartást tanúsít-e vagy sem. Az akarat szabadságából következik, hogy a jog (avagy bárkinek a joga) mint *magán- és magáértvaló dolog* nem sérthető meg; a jogellenes cselekedet pusztán a jogot mint külső jelenséget, a jog *egzisztenciáját*, létének külső megnyilvánulási formáját érintheti.⁴⁸ Vagyis akaratom szabadsága ugyan nem korlátozható, mert akaratom a morál terrénuma, amelyhez külső hatás nem érhet fel, ám akaratom megnyilvánulása, fizikai kifejezése (egzisztenciája) már alávethető kényszernek. A jogszerűtlenség ez alapján nem jelent mást, mint az egyén akaratának megfelelő, az állam által nem tiltott (azaz jogos, megengedett) magatartás más általi (tétéles törvények által tiltott) korlátozását, az akarat szerinti cselekvés meggátlását, vagyis kényszert. Ez a kényszer a büntett, amely *magában* (fogalmilag) ugyan semmis, ám egzisztenciájában fennáll, vagyis hatása van. A jog azáltal tudja a büntett önmagában vett (fogalmi) semmisségét *igazolni*, hogy ezt a külső erőszakot mint első kényszert megszünteti (megsemmisíti) egy második kényszer által. Az erőszak (a jogtalanság) ugyanis nem valami pozitív dolog (amely létrehoz vagy keletkeztet valamit), hanem negatív, olyasmi, ami tagadja (tagadni igyekszik) a jogot mint magánvalót. Az erőszak vagy a kényszer (a büntett) tehát a jog tagadása, a jog pedig azáltal tudja igazolni önmagát (és egyben megsemmisíteni a büntettet mint magán- és magáértvaló dolgot), hogy ezt az aktust tagadja, vagyis „negálja a jognak a bűnöző által tétélezett negációját”.⁴⁹ A jog tagadásának (vagyis a büntettnek) a tagadása (negációja) tehát a jog létének igazolása, és mint ilyen nemcsak jogos, hanem egyszersmind szükségszerű is.⁵⁰

Ezenkívül az is bizonyítja az állam büntetéshez való jogát, vagyis a büntetés helyességét (ésszerűségét), hogy abban az elkövetőnek mint eszes (gondolkodó és szabad akaratú rendelkező) lénynek az elismerése rejlik. Ilyen értelemben Hegel szerint a büntetés nem más, mint a büntettes saját joga, szabad akarata külső megnyilvánulásának a következménye, vagyis önnön tettének a konzekvenciája, nem pedig valamilyen külső, az elkövetőtől független cél vagy érdek érvényesítése. Ez utóbbi esetben ugyanis a bűnözőnek mint autonóm lénynek „a megtiszteltetés nem jut osztályrészéül, ha nem magából az ő tettéből merítik büntetésének fogalmát és mértékét; – éppúgy akkor sem, ha csak kártékony állatnak tekintik, amelyet ártalmatlanná kell tenni, vagy amikor az elrettentés vagy javítás a cél”.⁵¹ Ebben az idézetben a ma „relatívnak” nevezett elméletek éles kritikája kap hangot, amelyek meglátásait (megelőzés, javítás, elrettentés) Hegel egy más helyen fontosnak ismeri el a kiszabandó büntetés konkrét

⁴⁸ „Mint élőlény az ember *kényszeríthető* ugyan, azaz fizikai és egyéb külső oldala mások hatalma alá hozható, de a szabad akarat önmagában nem *kényszeríthető*.” (Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: A jogfilozófia alapvonalai vagy a természetjog és államtudomány vázlat. /ford.: Szemere Samu/ Akadémiai Kiadó, Budapest, 1983, 113-114. o.) (A kiemelések mindenhol az eredeti hegeli idézetekből valók. – T.J.Z.)

⁴⁹ Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: A filozófiai tudományok enciklopédiájának alapvonalai. Harmadik rész: A szellem filozófiája. (ford.: Szemere Samu) Akadémiai Kiadó, Budapest, 1968, 299-300. o.

⁵⁰ „Az elvont jog *kényszerítő* jog, mert az ellene elkövetett jogtalanság erőszak a szabadságom *létezése* ellen egy *külső* dologban. E létezés fenntartása az erőszakkal szemben így ... oly erőszak, amely megszünteti amaz első erőszakot.” (Hegel: A jogfilozófia alapvonalai, 115. o.) „A jognak mint jognak megtörtént megsértése *pozitív*, külső *egzisztencia* ugyan, de ez *magában* semmis. E semmis voltának *megnyilvánulása* ama megsértés megsemmisítése, amely éppígy egzisztenciát nyer, – a jog valósága, mint szükségszerűsége, amely megsértésének megszüntetése által közvetíti magát magával. ... A semmis az, hogy a jog mint jog megszűnt. A jog ugyanis mint valami abszolút nem szüntethető meg, tehát a büntett megnyilatkozása magában semmis... Ami azonban semmis, annak ilyenként kell megnyilatkoznia, azaz magának is sérthetőnek kell mutatkoznia. A büntett ténye nem valami első, pozitív, amihez a büntetés mint tagadás járul, hanem valami negatív, úgyhogy a büntetés csak a tagadás tagadása. A valóságos jog mármost e sérelem megszüntetése, s e jog épp ebben mutatja érvényességét, s magát mint szükségszerű közvetett létezés igazolja.” (I. m. 117-118. o.) „[A sértés]nek mint egy létező akaratnak megsértése tehát megszüntetése a büntettnek, amely *különben érvényes volna*, s helyreállítás a jognak.” (I. m. 118. o.)

⁵¹ I. m. 120-121. o.

módjának és mértékének meghatározásában, de azokat nem tartja adekvátnak a legfontosabb kérdések megválaszolásában, nevezetesen hogy egyáltalán milyen eszmei alapon lehetséges a büntetés, illetve hogy a különböző deliktumok milyen *fajtájú* szankciót érdemelnek.⁵²

Ez utóbbira azt a választ adja, hogy a büntetések alkalmazása tekintetében mindenekelőtt a megtorlás eszméjéből⁵³ (mint az igazságosságnak a büntett jellegéből és az elkövető tettéből származó mércéjéből) kell kiindulni. A megtorlás Hegelnél nem primitív bosszú, amelyet az áldozat vagy családja szubjektív megítélésük szerint alkalmaz az elkövetővel szemben, hanem objektivitás felé törekvő (bár azt teljes mértékben soha el nem érő) állami aktus (formáját tekintve a felektől független állami szerv, a bíróság határozata), amely alapját tekintve meghatározott, mértékére nézve viszont bizonyos mérlegelési szabadságot a bíró számára megenged, anélkül hogy az igazságosság a konkrét esetben sérülne. Minden büntettnak megnyilvánulását (egzisztenciáját) tekintve bizonyos minőségi és mennyiségi jellemzői vannak. Ahhoz, hogy a megtorlás jogszerű (igazságos) legyen, lehetőség szerint a büntetttel azonos fajú és nagyságú büntetésre van szükség.⁵⁴ Az azonos fajtájú büntetés követelménye azonban nem formai azonosságot, hanem a büntett és a rá adott reakció (az állami szankció) mint az igazságosság helyreállításának és a jog igazolásának aktusa közötti *belső* (tartalmi) egyenlőséget jelenti. Ezt a belső egyenlőséget az *érték* kategóriája tudja mérni, az *érték* alapján lehet külső formájukban (specifikumukban) eltérő dolgokat egymással összehasonlítani. Így a megtorlás joga nem a lopás lopással, rablás rablással stb. való megbüntetését, hanem az értékazonos büntetést jelenti; ennek alapján lesz jogszerű (igazságos) például a lopás vagy a rablás börtönnel való büntetése is.

Végül a bűn és a szabad akarat filozófiai kérdései tárgyalásának lezárásaképpen érdemes kitérni Arthur Koestler sajátos nézeteinek ismertetésére is. Koestler filozófiai alapállása a determinizmus volt: meggyőződése szerint az embernek valójában nincs szabad akarata; tettei, sőt a világról alkotott véleményei is egyrészt biológiai adottságainak, öröklött hajlamainak és tulajdonságainak, másrészt neveltetésének, illetve korábbi tapasztalatainak függvényei. Ahhoz persze, hogy az ember létezni tudjon, azt kell *hinnie*, hogy van választási lehetősége, még akkor is, ha értelmével *tudja*, hogy maga sem más, mint egy óramű, amely éppúgy nem képes máshogyan működni, mint amit fogaskerekei és rugói meghatároznak számára, mint ahogyan az ember sem képes génjeitől és múltbeli tapasztalataitól elvonatkoztatva gondolkodni és cselekedni.⁵⁵ Ebben a fogalomkörben pedig a bűn, pontosabban a büntetőjogi felelősség fogalma értelmét veszti, hiszen felelősség csak ott lehet, ahol van választási lehetőség; az emberi életben viszont ilyen nincs.

Ahhoz, hogy a felelősség fogalma értelmet nyerjen, Koestler szerint a természeti kauzalitás helyett egy másfajta, természetén kívüli vagy a feletti okozatiságot kell

⁵² „A különböző tekintetek, amelyek a büntetéshez mint jelenséghez ... tartoznak és a képzeletre ható következményeket (elrettetés, javítás stb.) illetik, a maguk helyén, mégpedig főleg a büntetés *módozatára* való tekintettel, lényeges tárgyai ugyan a vizsgálatnak, de feltételezik azt az alapvető felfogást, hogy a büntetés önmagában *igazságos*. Ebben a fejtegetésben [ti. a hegeliben] egyedül az a lényeges, hogy meg kell szüntetni a büntetett, mégpedig nem azért, mert valami rosszat hoz létre, hanem mert megsérti a jogot mint jogot...” (I. m. 119. o.)

⁵³ „A büntett megszüntetése annyiban megtorlás, amennyiben fogalma szerint a megsértés megsértése, s létezése szerint a büntettnak meghatározott, minőségi és mennyiségi kiterjedése van, tehát negációja mint létező ugyancsak ilyen kiterjedést mutat.” (I. m. 121. o.)

⁵⁴ Ez egyértelműen következik a hegeli dialektikából, hiszen az igazságosság csak úgy állhat helyre, ha a jogsértést mint a jog negációját azzal lényegileg egyező másik negációval (büntetéssel) szüntetjük meg; az annál kisebb mértékű megtorlás a jog igazolására nem lenne alkalmas (hiszen a jogsértés egy része nem lenne eszmei síkon kiegyenlítve), a nagyobb mértékű megtorlás viszont (miként a magánbosszú korában) újabb jogtalanság lenne.

⁵⁵ „... választásomat a múlt eseményei határozzák meg, s ... amit szabad választásnak érzek, csupán illúzió...” (Koestler, Arthur: Az akasztásról. /ford.: Makovecz Benjamin/ In: Koestler, Arthur: Egy mítosz anatómiája. Osiris Kiadó, Budapest, 1999, 107. o.) Azonban „az ember nem élhet a nélkül az illúzió nélkül, hogy sorsával maga rendelkezik” (i. m. 111. o.), és „nem tudja *nem* gondolni azt, hogy szabad” (uo.; kiemelés az eredetiben – T.J.Z.).

premisszaként elfogadnunk, amely már megengedné a jó és rossz közötti szabad választást az egyénnek,⁵⁶ ez azonban a büntetőjog (földi) rendszerének értelemszerűen nem lehet az alapja. Mindebből mégsem következik számára az állami szankciók illegitimitása; azok létét pragmatikus okokból – némi elméleti következetlenséget mutatva – nemcsak elfogadja, hanem egyenesen szükségesnek is tartja. Ezenkívül hibája a koestleri elgondolásnak, hogy csak a két szélsőséget: a teljes determinizmust és a totális indeterminizmust hajlandó elismerni. Bár az egyik lábjegyzetében kijelenti, hogy létezik egy köztes út a kettő között,⁵⁷ ez nézeteinek későbbi kifejtése során már seholy nem köszön vissza, és csak a két extrém elemzése jelenik meg.

Ez az elemzés pedig elsősorban a büntetések lehetséges céljainak bemutatására koncentrál, és arra jut, hogy logikailag a büntetés e célok egyikét sem tudja sem a szabad akarat elképzelésén nyugvó, sem pedig a determinista világkép alapján elérni vagy akár csak igazolni. Ami az első lehetséges büntetési célt, az elrettentést illeti, az mind a tökéletesen szabad (mindenféle okozatiságtól és külső behatástól független) emberi akarat létezése esetén, mind pedig a predesztináció tana alapján értelmetlen; az előbbi esetben ugyanis nem léteznek ok-okozati kapcsolatok, tehát ekkor a büntetésnek sincs másoknak vagy magának az elkövetőnek a jövőbeni magatartását alakító-befolyásoló hatása, az utóbbi esetben pedig a döntések és cselekvések szükségszerűek, így a bűn (mint minden más is) a múlt függvénye, s mint ilyen elkerülhetetlen.⁵⁸ A büntetés második potenciális célja, a megtorlás ugyanezen az alapon helyteleníthető: a kauzalitás esetén egyéni felróhatóság hiányában a „bűn” megtorlására nincs jogalap, míg a szabad akarat transzcendens értelmezése ugyancsak lehetetlenné teszi, hogy egy Isten által adott szabadságával élő személyt isteni tudás és hatalom nélkül büntessünk (amit persze – mint említettük – pusztán gyakorlati okokból Koestler mégis csak szükségesnek tart). Végül az utolsó cél, vagyis az átnevelés vonatkozásában Koestler jelzi, hogy azt célszerű a megtorlással együtt elemezni;⁵⁹ ezt az elemzést azonban már nem végzi el. Végeredményben arra jut, hogy a létező determinizmus alapján a (nem isteni) büntetések ugyan elméletileg nem igazolhatók, de praktikus szempontból nélkülözhetetlenek.

Az akarat szabadságának büntetőjogi elméletei

A modern, kifejezetten büntetőjogi jellegű büntetéselméleteknek a Karl Salomo Zachariae óta bevett felosztás szerinti három nagy irányzata közül az ún. abszolút elméletek az indeterminizmus, a relatív teóriák pedig a determinizmus talaján állnak. Az abszolút elméletek a tettet, az elkövetett bűncselekményt helyezik a büntetőjog középpontjába mint olyasmit, amelyben a bűnelkövető akaratelhatározása kifejezésre jutott. A büntetés célja ebben az

⁵⁶ „Ha tagadjuk, hogy az ember cselekedeteit az események fizikai sorrendje határozza meg, szükséges, hogy a rendet is valamely más renddel helyettesítsük... Kereken kimondva: *a büntetőjogi felelősség fogalma burkoltan tartalmazza egy természetfölötti rend feltételezését, vagyis egy nem jogi, hanem teológiai koncepciót.*” (I. m. 114. o.; kiemelés az eredetiben – T.J.Z.)

⁵⁷ E lábjegyzetben Koestler saját elképzeléseként a korlátozott filozófiai szabadság tételét fogalmazza meg, melynek alapján létezik „az öröklődés és a körülmények által befolyásolt, de nem szigorúan meghatározott választás lehetősége” (i. m. 117. o.).

⁵⁸ Ennél a felfogásnál valójában sokkal következetesebb az a holbachi álláspont, miszerint az emberi sorsra ható és azt befolyásoló tényezőként a büntetésnek éppen abban van szerepe, hogy a történések végzettségét a társadalmilag kívánt irányba fordítsa, és az egyéneket a társadalmilag elvárt minták követésére ösztönözze. Ezt nevezhetjük a korlátozott (avagy befolyásolható) fatalizmus tanának is, míg a koestleri tan a totális determinizmus mellett csak a teljes indeterminizmust ismeri el, és éppen emiatt nem tudja a büntetések helyességét és/vagy célszerűségét elméletileg igazolni.

⁵⁹ Vö.: i. m. 118. o.!

eszmekörben – nagyon általánosan és ezért szükségképpen felszínesen megfogalmazva – önmagában van, vagyis az pusztán igazságos következménye az elkövetett deliktumnak, így külsődleges célja nincs; más szavakkal az nem más, mint a büntettes szabad akaratából eredő szükségszerű következmény. Ezen irányzat filozófiai alapjait Arisztotelész, Kant és Hegel felfogásából merítette, melynek témánk szempontjából legfontosabb következménye annak elfogadása, hogy minden ember szabadon mérlegelhet jó és rossz között, és választása kizárólag tőle magától, saját szabad erkölcsi döntésétől függ. Aki pedig a bűnt (az erkölcsi értelemben vett „rosszat”) választja, azzal szemben helyes és igazságos a megsértett jogrend helyreállítása érdekében büntetést alkalmazni.

Az ún. relatív teóriák döntően az abszolút elméletek kritikájaként fogalmazódtak meg, jogtörténeti szerepvállalásukat tekintve pedig kezdetben a feudalista joggal szemben kívántak fellépni, és annak sok tekintetben fennálló önkényességét kívánták megszüntetni. Ennek legfőbb elve a büntetések erkölcsi mércékhez (és különösen a vallási előírásokhoz) kötöttsége kiirtásának követelése lett, ami helyett a jogi szankciók alapjaként azok társadalmi hasznosságát kívánták elismertetni. Ezen hasznosság pedig bizonyos pozitív célok realizálásában (az emberek számára szenvedést és károkat okozó bűncselekmények számának csökkentésében) áll, az ehhez igénybe vehető, e célt előmozdítani képes eszközöket pedig tudományos alapon meg lehet határozni. A tudomány tényjelenségek megfigyelésével, leírásával és elemzésével, illetve ezek okainak és hatásainak megállapításával foglalkozik, ez a princípium pedig szükségképpen vezette el a relatív teóriák híveit az okozatiság misztifikálásához, így az akarat szabadságának tagadásához. Ha ugyanis minden történés visszavezethető egy azt kiváltó okra, illetve minden okozat egyben egy másik, időben későbbi történés (egyik) oka is, akkor az okozatiság láncolatából nem vehető ki az ember és az emberi cselekvés, így a bűnelkövetés sem. Ha nem is tudunk még mindent arról, hogy egyesek miért követnek el bűncselekményt, ez nem arra kell, hogy ösztönözzön minket, hogy elismerjük az ember szabad, okozatiságtól független akaratát, hanem arra, hogy kutassuk és tárjuk fel a bűncselekmények valódi motívumait, így küzdve a büntettek számának mérséklődéséért. Már a XIX. század első évtizedeinek relatív elméletei, amelyek társadalomfilozófiai alapjukat Platóntól és Senecától, jogfilozófiai alapjukat pedig nagyrészt Beccariától vették, implikálták azt a feltételezést, hogy a bűnök és a büntetések között bonyolult oksági és hatásmechanizmusok teremtenek kapcsolatot. Ahogy Horváth Tibor a XIX. század első évtizedeinek utilitarista elméleteiről, különösen pedig Jeremy Bentham és Paul Johann Anselm von Feuerbach teóriáiról írja: „A büntetés és a jövőbeni bűncselekmények elkövetése közötti kapcsolat felismerése folytan filozófiai alapjuk sok esetben a be nem vallott determinizmus.”⁶⁰

A XIX. század második felében kialakuló és a XX. század első évtizedeiig hatást gyakorló pozitivisták irányzatok, melyek tudományos nézőpontból szemlélve akarták meghatározni a bűnök elleni védekezés hatékony eszközeit (amelyeket sokszor nem is büntetéseknek, hanem például társadalomvédelmi intézkedéseknek neveztek), tagadták az ember filozófiai értelemben vett „szabad” akaratát; szerintük (és ebben az egyes belső irányzatok sok tekintetben fennálló megosztottságuk ellenére egységesek voltak) a bűnök elkövetése, illetve a bűncselekmények megvalósítására vezető akaratelhatározás külső (fizikai, természeti vagy társadalmi) és belső (biológiai vagy pszichológiai) okok eredőjeként állnak elő. A Cesare Lombroso által megalapított kriminálanropológiai iskola például biológiai okokkal magyarázta a deliktumok elkövetését; a bűnöző tulajdonképpen a vadon emberének, a szűkös természeti létfeltételek közötti harcot folytató „ős”-embernek atavisztikus maradványa, aki valamely evolúciós mutáció következtében jelenik meg mint egy nem „degenerált” szülő „degenerált” utódja. Az ilyen ún. „született büntettes” („*delinquente nato*”) nem azért követ el bűntettet, mert bűntettet akart elkövetni; a deliktum megvalósítása, illetve a bűnözővé válás

⁶⁰ Horváth Tibor: A büntetési elméletek fejlődésének vázlatja. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981, 67. o.

ugyanis biológiailag meghatározott. E biológiai meghatározottságot pedig jól beazonosítható antropológiai jegyek, azaz stigmák révén ismerhetjük fel, melyek vagy maguk determinálják az egyén bűnözővé válását, vagy rendszerinti járulékos jegyei az egyént determináló egyéb biológiai attribútumoknak. A kriminálpszichológiai irányzat lélektani-elmebeli-neurológiai okokkal magyarázza a bűnelkövetővé válást, amely okok az egyén erkölcsi felelősségét kizárják. Végül a kriminálszociológiai áramlatok a társadalom felelősségét hangoztatják, amely olyan környezetet, olyan létfeltételeket teremt, amely egyeseket a bűn útjára visz. Lehetséges, hogy ezekben a személyekben már eleve van valamilyen bűnözői hajlam, de az csak meghatározott társadalmi környezetben fejlődik kriminális magatartássá. Ezen iskola két legnagyobb alakja Enrico Ferri és Raffaele Garofalo volt. Ferri szerint a szabad akarat léte pusztán illúzió, ezért nincs bűnösség sem, van viszont ún. „társadalmi felelősség”; Garofalo pedig a bűncselekményt természeti fogalomnak tartja, amely kívül esik a klasszikus büntetőjog keretein. Sem szerintük, sem a kriminálanropológiai, illetve a kriminálpszichológiai iskola szerint nem vonható az elkövető morális értelemben vett felelősségre (amelyet a büntetés fogalma fejez ki), de *védekezni* mégis csak kell ellenük, mivel a társadalom érdeke ezt megkívánja; a védekezés, vagyis az elkövetők újabb büntetési megakadályozásának módja pedig a védelmi intézkedés lesz, mely vagy javít és nevel (határozatlan tartamú elzárások révén), vagy fizikailag megakadályozza a visszaesést, vagy pszichikai gátakat épít az emberbe, félelmissé téve az elkövetés konzekvenciáit, vagy egyenesen eliminál. (Ezen elgondolás logikailag eljutott azon szélsőségig, miszerint a „veszélyes” egyének esetében be sem kell várni a bünt, hanem már annak elkövetése előtt fel lehet lépni azokkal szemben, akikről feltételezhető, hogy a társadalmi együttélés normáit meg fogják sérteni. Sőt: a Szovjetunióban ezt az elméletet néhány évig a gyakorlatban is alkalmazták, igaz, ebben közrejátszottak a diktatúra hatalmi érdekei is.) Végül léteznek az ún. egyesítő vagy közvetítő elméletek is,⁶¹ amelyek elismerik mind a megtorlást mint proporcionális, a büntett objektív nagyságához, veszélyességéhez igazított büntetést, mind a büntetések megelőzési-megakadályozási funkcióját; ezen vegyes jellegük miatt viszont nem sorolhatók be egyértelműen a determinizmus vagy az indeterminizmus fogalmkörébe, így e helyütt külön nem foglalkozunk velük.

Nem foglalkozunk továbbá az egyes külföldi szerzők szabad akaratra, illetve annak hiányára vonatkozó elgondolásainak részletes elemzésével sem; célszerűnek tűnik viszont a hozzánk közelálló és a hazai jogfejlődésre hatást gyakorló magyar büntetőfilozófia, illetve büntetőjog-elmélet nagyjainak egy-egy markáns elképzelését röviden bemutatni. Az előbbiekkal kezdve két szerzőt kell kiemelnünk, akik saját komplex büntetéselméletet alakítottak ki: Pikler Gyulát és Somló Bódogot. Pikler társadalomelméletét Marx, Darwin és Spencer fejlődéselméleteire, valamint Holbach ateizmus- és fatalizmus-tanára, jogelméletét (különösen büntetőjog-elméletét) pedig Bentham utilitarista jogfilozófiájára építette. Holbach alapján deklarálja, hogy az ember cselekvései determináltak; „akarata” ugyan van mindenkinek, az azonban biológiai-fiziológiai, illetve társadalmi körülmények által meghatározott.⁶² Ez azt jelenti, hogy az ember akarata adott fizikai és mentális kondícióban, adott környezeti feltételek és szociális viszonyok mellett szükségképpen lesz, cselekvését pedig csak a feltételek, az akarataira ható körülmények megváltoztatása terelheti más irányokba. Azt, hogy az emberek miért gondolják mégis, hogy akaratuk szabad, Pikler azzal magyarázza, hogy „mindenki magát megerőltetve ... képes arra, hogy megtegyen, illetve abbahagyjon

⁶¹ Ezeket Vámbéry Ruzstem „összetett vagy eklektikus”, Angyal Pál pedig „szinkretisztikus” elméleteknek nevezi.

⁶² „Az emberi akarat egyáltalában nem szabad, hanem ellenkezőleg az feltétlenül törvényszerű; ép úgy, mint minden e világon, az is törvények alatt áll. Ez azt jelenti, hogy bizonyos körülmények között okvetlenül bizonyos akarásnak kell bekövetkeznie: a körülmények egyértelműleg meghatározzák az akarást.” (Pikler Gyula: A büntetőjog bölcselete. Politzer-féle Könyvkiadóvállalt, Budapest, 1908, 51. o.) [Kiemelés az eredetiben – T.J.Z.]

olyasmit, amit különben, t. i. megerőltetés nélkül, megtenni, illetve abbahagyni nem tudna.”⁶³ Ezt a jelenséget „ál-akaratszabadságnak” nevezi el az alapján, hogy az „tényleg hasonlít az akaratszabadsághoz, s felkelti bennünk azt a téves hitet, hogy akaratunk szabad”.⁶⁴ Valójában azonban maga a megerőltetés is csak azért jön létre, mert azt külső körülmények meghatározzák, és ha valaki magát megerőltetve megtett valamit vagy tartózkodott valamely egyébként kívánatos dolog megtételétől, az nem morálisan szabad akaratával élt, hanem engedelmeskedett az őt erre inspiráló motívumoknak. Mindez igaz a bűnöző és a nem bűnöző emberre is; az előbbit mégis jogosan lehet (sőt kell is) büntetni, mert a rá ható motívumok bűnre vezérlik őt, és ezeket a motívumokat éppen a büntetés révén kell az államnak felülrnia úgy, hogy a sorsát befolyásoló tényezők a jövőben a bűn el nem követésére determinálják őt (és a büntetéstől való félelem által más, bűncselekményeket még el nem követett személyeket is). A világ ilyen felfogása és a büntetések prevenció (javító vagy elrettentési), illetve ártalmatlanná tételi célból történő alkalmazása nem mond ellent az igazságosságnak sem, sőt azt éppen hogy elősegíti; az igazságos ugyanis nem az (mint ahogy a klasszikus iskola állítja), ha a szabad akaratával élő emberrel szemben represszióval élünk (hiszen ha az akarat valóban szabad lenne, ennek a büntetésnek – minthogy az az emberi cselekedeteket nem volna képes befolyásolni – semmilyen célja sem lenne), hanem az, ha azért büntetünk, mert ezzel a társadalom boldogságát a büntettek számának csökkentése révén előmozdítjuk. Mindez pedig csak az okok által meghatározott, külső és belső körülmények folytán befolyásolt (és a büntetéssel egyáltalán befolyásolható) akarat feltételezése alapján érhető el.⁶⁵ Végső soron tehát attól lesz „igazságos” valami, hogy az előmozdítja az emberek (minél több ember minél nagyobb mértékű) boldogságát, vagyis az igazságosság Piklernél egyenlő a társadalmi hasznossággal, ehhez pedig a determinizmus fogalma nélkülözhetetlen.⁶⁶

Somló Bódog alkotói korszaka első felében Pikler hatása alatt állt, nem véletlen ezért, hogy mind filozófiai, mind büntetőjogi felfogása erősen hasonlít Pikleréhez (olyannyira, hogy még a büntetőjoggal foglalkozó dolgozatának a címe is megegyezik a „mesterével”). Azonban Somló sokkal cizelláltabb módon fejtette ki álláspontját, mint Pikler, bár ennek folytán olyan következtetésekig is eljutott (házassági akadályok felállítását bizonyos személyekkel szemben vagy egyenesen a velük való nemi érintkezés büntetőjogi tiltása),⁶⁷ amely ma már akár tudományos, akár erkölcsi véleményként aligha állná meg a helyét. Deterministaként vallotta, hogy az ember meghatározott okok alapján cselekszik, és az okozatosság láncolatában az akaratelhatározás maga is csak egy közbülső állapota ennek az okfolyamatnak (azaz motívuma a magatartásnak, ugyanakkor pusztán hatása egyéb, mélyebben fekvő motívumoknak).⁶⁸ Ezen

I. m. 54. o.

⁶⁴ I. m. 55. o.

⁶⁵ „... az emberek nem azért büntetnek, mert az akaratot szabadnak tartják; a büntetésnek akármilyen fajtáját tekintjük is, azt fogjuk találni, azok egyáltalában nem alapszanak az akarat szabadságán, sőt ellenkezőleg az akarat törvényszerűségén alapszanak. Ha ugyanis az emberi akarat a körülmények hatásától teljesen független lenne, akkor megszűnnék a büntetésnek azon hatása, hogy a büntetett és másokat megjavítani, elrettenteni, vagyis az emberek akaratára hatva a büntetnek elkövetését a jövőre csökkenteni képes.” (I. m. 57. o.)

⁶⁶ „Ha ... nem volnánk meggyőződve az akarat törvényszerűségéről, ha nem mernők állítani, hogy a büntetésnek hatása lesz, akkor azt kérdezhetnők, hogy miért tartjuk igazságosnak a büntetést, ha azt hisszük, hogy akár büntetünk, akár nem, az illető szabadon fog elkövetni büntetteket. Valóban ez esetben a büntetés csak az emberi szenvedéseket tetézné, s éppen ezért ez esetben senki sem tartaná ezt igazságosnak az igazságosság bennünk élő legmélyebb alapelve szerint.” (I. m. 61-62. o.)

⁶⁷ Vö.: Somló Bódog: Jogbölcseleti előadásai. Második füzet: A büntetőjog bölcselete. Kolozsvár, 1906, 99. o.!

⁶⁸ „... a büntett végső oka nem lehet egyszerűen az embernek u. n. szabad akarata, amely szuverénül határozná el, hogy jót tegyünk-e avagy rosszat. Az ember akarata csak egy lánc-szem a történet folyamatában. Az ember akarata nem végső ok, hanem maga is okozat. ... Minthogy tehát az ember akaratelhatározása nem végső ok, hanem éppen egy okok eredménye, éppen olyan szigorú természet törvényszerűséggel képződik, mint bármi más jelenség, nincsen semmi értelme, ha az akaratra nézve azt mondják megkülömböztetésül más jelenségektől, hogy <<az akarat szabad>>. Ez azt jelentené, hogy az akarat képződése kivételt képez a természet törvényei alól, ez pedig nem igaz.” (I. m. 64. o.) Somló szerint tudományos alapokon belátható, hogy az akarat nem lehet szabad, az

okokat (amelyek tehát befolyásolják az egyéni választást, így a bűncselekmények elkövetését vagy az azoktól való tartózkodást is) három kategóriába sorolta: léteznek biológiai-fiziológiai-lélektani,⁶⁹ fizikai (külső természeti)⁷⁰ és szociális okok,⁷¹ mely utóbbiak közül a legfontosabbak és végső soron a többi társadalmi faktort is meghatározóak a gazdasági tényezők. Az egyes elkövetőket szintén klasszifikálni lehet, mégpedig annak alapján, hogy bűncselekményük megvalósítása során ezen motívumok közül melyek, illetve döntően melyek hatottak tettük elkövetésére, és milyen arányban, védekezni pedig az egyes kategóriákba tartozó büntettek⁷² ellen más és más eszközökkel lehet. Bár szabad akarat nem létezik, ez nem is feltétele az állami szankciók alkalmazásának; ehhez csak annyi kívántatik, hogy a közösség egészének legfőbb célját, a lehető legtöbb ember lehető legnagyobb mértékű boldogságát a büntetőjogi jogkövetkezmény biztosítani legyen képes. De ugyanez az elv azt is megköveteli, hogy ha van olyan eszköz, amely kisebb hátrányt okoz a társadalomnak, mint a büntetés kiszabása és végrehajtása, akkor ezt az eszközt kell alkalmazni, vagyis Somló szerint a bűnöket lehetőleg megelőzni kell, és csak akkor büntetni, ha a megelőzés lehetetlen, vagy az nem vezetett eredményre.⁷³ Ez utóbbi esetben viszont már „nem az a kérdés, hogy a tettes megérdemli-e a büntetést, hanem csakis az, szükséges-e a büntetés a társadalom védelmére.”⁷⁴

⁷⁵ Az ilyen társadalomvédelmi funkciójú szankció megvalósulhat általános és különös megelőzés révén is, az utóbbi pedig történhet (az elkövetésre ható okok jellege és belső aránya alapján) javítással, elrettentéssel, ártalmatlanítással és mesterséges kiválasztással (az utódok nemzésének lehetetlenné tételével).⁷⁶ Végső soron a kíváncsi az, hogy a társadalmi

ugyanis ellenkezne mind az energia megmaradásának elvével (tekintve hogy az idegrendszer csak fizikai ingerek hozhatják működésbe /vö.: i. m. 66-67. o./), mind a kauzalitás törvényével (vö.: i. m. 67-68. o.), mind az empirikus tapasztalatokkal, mind pedig a statisztikai adatokkal. A kísérleti eredmények kapcsán Somló megállapítja, hogy például már kis mennyiségű alkohol elfogyasztása is hatással van az idegrendszer működésére, amelynek éppúgy részei az emlékezőképesség vagy a kognitív funkciók, mint az elhatározás; „és [idézi Ferrit] ha még egy filozófus sem állította, hogy az emlékező tehetség vagy az értelem függetlenek a maguk feltételeitől, mi értelme van akkor megmaradni abban a hagyományos illúzióban, amely éppen az akaratnak tulajdonít függetlenséget, és ez által mint az összes természeti erők közötti egyetlen kivételt állítja oda?” (I. m. 69. o.) Végül a statisztikai törvényszerűségek felismerése révén arra jut, hogy az egyéni akarat által leginkább meghatározott jelenségek is össztársadalmi szinten – azonos társadalmi feltételek mellett – viszonylag állandóak, ha úgy tetszik: a szubjektív akarattól független jelenségek, amelyeket csak a külső körülmények változtatása képes befolyásolni, és amelyek az egyéni döntések fölött mint objektív társadalmi tények léteznek. (Vö.: i. m. 69-70. o.)

⁶⁹ Ilyenek például – Lombroso kutatásai alapján – a szemüreg nagysága, az alsó állkapocs súlya, a koponya kiálló arcsontjai, az arc hossza, az arckifejezés; az erkölcsi érzéketlenség, a csökkent értelmi képesség, az időbeli előrelátás hiánya (illetve a jövő iránti közömbösség) és a lelkiismeret-furdalás hiánya. (Részletesebben lásd: i. m. 33-47. o.)

⁷⁰ Lásd: i. m. 47-51. o.!

⁷¹ I. m. 51-63. o.

⁷² E kategóriák felállítására nézve lásd: i. m. 90-97. o.!

⁷³ A determinizmus alapján Somló Bódog szerint egyértelmű, hogy a hatóokok megváltoztatásával más irányt lehet szabni az emberi magatartásnak; más társadalmi feltételek között más következményekkel kell számolnunk. A tudomány feladata azon eszközök meghatározása, melyek a kívánatos hatást, a bűncselekmények számának lehető csökkentését eredményezik, mivel a társadalmi célt, a „legnagyobb szám” boldogságának biztosítását elsősorban nem a már elkövetett büntettek üldözésével és megbüntetésével, hanem azok elkövetésének megakadályozásával lehet elérni. Utóbbi esetben ugyanis elkerüljük a represszív büntetőjog két fájdalmas hatását, amit az utólagos reakció implicál: egyrészt az elkövető által a sértettnek (és másoknak) okozott fájdalmat, másrészt az állam által (a büntett megvalósítása miatt) az elkövetőnek okozott fájdalmat. (Vö.: i. m. 86-89. o.!) A védekezés eszközei között pedig (a bűnözésre ösztönző motívumokból kiindulva) helyet kell kapnia például az alkoholizmus elleni küzdelemnek, a gyermekek „züllését” meggátló intézményeknek, árvaházaknak, a rabsegélyezésnek és a volt rabok utólagos rehabilitációjának, a szegénység elleni harcnak stb.

⁷⁴ I. m. 125. o.

⁷⁵ Ugyanígy: „Ha valakinek olyan a természete és a körülményei, hogy gyilkosságokkal veszélyezteti embertársait, akkor az illetőnek lehetetlenné tesszük ezt a veszedelmes cselekvést az által, hogy kiküszöböljük a társadalomból. Nem keressük a felelősség fogalmát, hanem védekezünk a veszedelemmel szemben.” (I. m. 125. o.)

⁷⁶ V. ö.: i. m. 81-86. o. (különösen pedig: i. m. 84-85. o.)!

folyamatokba oly módon avatkozzunk be, hogy azáltal lehetőség szerint meggátoljuk minél több büntett elkövetését, ha pedig ez nem sikerül, akkor a jövőre nézve (minthogy minden emberi döntés, így a bűncselekmények megvalósítását elhatározó döntés is különböző okok eredőjeként hozatik meg) olyan motívumokat hozunk létre, amelyek „felülírják” a bűnözés felé hajtó ösztönzőket⁷⁷ (illetve amelyek lehetetlenné teszik a büntettes számára újabb deliktumok elkövetését).

A büntetőjog teoretikusai közül Fayer László, Vámbéry Ruzstem és Angyal Pál nevét kell kiemelni mint akik behatóbban foglalkoztak a szabad akarat kérdésével. Fayer tagadta mind a determinizmust, mind az indeterminizmust; helyettük a relatív akarati szabadság mellett állt ki. Ez tulajdonképpen ötvözte a két szélsőséges álláspontnak, amelyek a maguk tiszta mivoltában elvetendők, mert elvétik az ember valódi lényegét, de egyes elemeik felhasználandók a tényleges emberi viselkedés leírásához. Az akarat korlátlan szabadságát vallók elgondolása ott fut félre, hogy nem ismerik el a motívumok befolyásoló szerepét, míg a determinizmus ezen motívumok abszolút kötőerejét vallja, mely az egyénnek nem enged választást.⁷⁸ Ez utóbbi nézet azonban több szempontból is káros: egyrészt ha az ember valóban természeti törvényszerűséggel cselekszik, akkor nem büntethető, vagy ha igen, akkor megszűnik a klasszikus büntetőjog megkülönböztetése a véletlen, a gondatlan és a szándékos cselekmények között (hiszen „szándékos” tettről többet nem lehet szó, lévén az is éppoly természeti törvényszerűséggel következik be, mint a vétlen cselekedet);⁷⁹ másrészt ekkor – az okozatiság láncolatának megszakítása érdekében – már a tett elkövetése előtt is közbe lehetne lépni, és „biztosítási intézkedést” lehetne foganatosítani a leendő elkövetővel szemben, amely megsemmisítené a büntetőjog évezredes princípiumát, a bűn és büntetés közti kapcsolatot, illetve a *nulla poena sine crimine* elvét, és a büntetőjogot beolvasztaná a rendőri prevenció körébe, kitéve az embereket az államigazgatás önkényének;⁸⁰ végül „a determinizmust azért sem szabad elfogadni, mert a determinizmus elriasztja az embert a küzdelemtől, az erő kifejtéstől”.⁸¹ Fayer maga (a deterministákkal ellentétben) elfogadja az akarat létét, ezt azonban (szemben az indeterministákkal) nem tekinti korlátlanak. Az akarat jellegét és irányát ugyanis különböző motívumok befolyásolják, melyek az egyén választására hatnak; azonban a motívumok nyomatékát és egymáshoz viszonyított erejét már maga az egyén határozhatja meg.⁸² A (korlátozott) szabadság ebben áll: a bűn elkövetésére vagy el nem követésére indító

⁷⁷ „Az elrettentő büntetés egy determináló momentum, amelyet az állam felállít és amelylyel a büntett elkövetésére közreható determináló momentumokat ellensúlyozni akarja. ... az állam ott, ahol büntettet előidéző okokat lát és ezeket az okokat megszüntetni nem képes, a büntettől távoltartó motívumokat létesít. Ilyen motívumok az elrettentő büntetések. És egészen hasonló szerepük van a javító büntetéseknek is. Ezek lényege is bizonyos olyan lelki motívumok előidézése, amelyek erősebbek, mint azok, amelyek büntett előidézésére irányulnak.” (I. m. 126. o.)

⁷⁸ Fayer szerint a deterministák által vallott azon tétel, miszerint nincs szabad akarat, semmit sem mond. Ebből ugyanis az következne, hogy kötött akarat viszont létezik, ami fából vaskarika lenne, mert az „akarat” szó már magában foglalja a szabadságot. Ha ugyanis nincs szabadság, akkor nincs akarat sem. Tehát „ha valaki determinista, ... akkor azt kell mondania, hogy nem fogadja el az akarat létezését”. (Fayer László: A magyar büntetőjog kézikönyve. Első kötet: Bevezető rész és általános tanok. Franklin-Társulat, Budapest, 1905, 9. o. [kiemelés az eredetiben – T.J.Z.]

⁷⁹ Ha ugyanis a determinista felfogás igaz, akkor „a dolosus ember tulajdonképp <<nem akarja>> a cselekményt végrehajtani; ő csak hiszi, hogy akarja, de voltaképp őt épúgy mozgatja a természet törvénye, mint a leeső követ a nehézség törvénye” (i. m. 7. o.).

⁸⁰ „Mihelyt a cselekmény és a bírói intézkedés közti causalis kapcsolatot megszüntetjük, nagyrészt elvesz alapja az államhatalom megkötöttségének is. Nem az fogna tehát bekövetkezni az összeolvasztással, hogy a mostani rendőri terreneum bírói garanciákat nyerne, ... hanem az, hogy a jogot elárasztaná az adminisztratív önkény.” (I. m. 7. o.)

⁸¹ I. m. 6. o.

⁸² „Részünkről az akarat-elmélet alapján állunk. Azt elfogadjuk, hogy motívumok vezetnek bennünket. De a motívum súlyát az ember állapítja meg. Ebben áll az ő relatív szabadsága. ... Ő tehát nem rabja a motívumoknak. Csak akkor volna rabjok, ha a motívumok önmagokban viselnék súlyokat... De a hol az útban álló physicum maga

okokat súlyozni, saját egyéniségünknek, céljainknak, vágyainknak, félelmeinknek stb. megfelelően értékelni és ezen szabad értékelésünk alapján cselekedni.⁸³ A büntetés csak ebben a fogalomkörben értelmezhető; az ugyanis nem más, mint egy olyan motívum, melynek funkciója az emberi magatartást az állam által kívánatosnak tartott irányba terelni mind az egyéni, mind az általános megelőzés révén, ennek sikertelensége esetén pedig immár a büntetés erkölcsi alapja (a relatív szabad mérlegelés alapján megvalósított tett és annak előre lefektetett következménye közötti kapcsolat) sem kérdőjelezhető meg.

Vámbéry ezzel szemben determinista volt, de nem a kifejezés hagyományos értelmében. Szerinte ugyanis a determinizmus nem nélkülözi az akarat létét, így az erkölcsi felelősséget sem, pusztán *leírja* azt a folyamatot, ahogyan az akarat (az akarás és annak iránya) az emberben létrejön.⁸⁴ A büntetőjog céljai (generális és speciális prevenció) is csak azáltal valósulhatnak meg, ha az akarás befolyásolható, és ez a befolyásolás lesz az a hatóok, amely a szabad erkölccsel rendelkező egyén elhatározását megfelelő irányokba tereli. A büntetőjog megalapozásához azonban még csak nincs is szükség sem a determinizmus, sem a szabad akarat fogalmára; a büntetés ugyanis nem azáltal lesz igazolt, hogy olyan tettet sújt, amelyet az egyén elkerülhetett volna (nem pedig olyat, amelynek bekövetkezése szükségszerű volt), hanem azáltal, hogy egy, a társadalom számára káros, tehát etikailag értéktelen cselekedetet követ.⁸⁵ Ez a társadalmi (állami) etikai értékelés tehát független a szabad akarattól, mint ahogy egy műalkotás esztétikai értékelése is pusztán a művészi értéktől függ, nem pedig attól, hogy az alkotó szükségszerűen hozott-e létre esztétikailag értékes alkotást, vagy sem. Másképp kifejezve: egy büntetett esetében a büntetések szempontjából utólag csak a végeredmény számít, az odavezető folyamat jellege nem. Az eredményt pedig mindig az ember személyisége határozza meg, amelyben az egyén erkölcsé szabadon, ám következményeit tekintve mégis szükségszerűen megnyilatkozhatik (ellentétben az indeterminista felfogással, mely még a saját egyéniségétől is függetlenül döntő /és így erkölcsi értelemben nem felróható és büntetéssel nem is befolyásolható/ ember képét tekinti valóságosnak).⁸⁶ Végül Angyal Pál – Fayerhez hasonlóan

adja meg a reá nyomuló erőnek a súlyt, ott annak engedni nem absolute kénytelen, mert a reá ható erő egy részét ő van hivatva produkálni.” (I. m. 9-10. o.)

⁸³ Arra az ellenvéleményre pedig, miszerint már magát az értékelést, a motívumok súlyozását is az ember belső fiziológiai vagy lélektani jellemzői határozzák meg, Fayer azt válaszolja, hogy ez statisztikai (társadalmi) méreteken talán igaz, de ez nem zárja ki a szubjektív mérlegelés és az egyéni döntés szabadságát. Márpedig a büntetőjog mint tudomány soha nem az általánossal, a szabályszerű társadalmi működéssel, hanem éppen az egyes emberekkel, a tömegtől eltérő kivételekkel foglalkozik, és a büntetőbíró sem szociológiai szabályszerűségek kérdésében foglal állást (mint például a kriminológus), hanem egyedi sorsok, konkrét személyek felett ítélkezik.

⁸⁴ „... az ember sem áll kívül az okozatosság törvényén. Ha nincs is alávetve a mechanikus kauzalitásnak, ha van is erkölcsi szabadsága ... ugy mégis egy adott embernek elhatározása egy adott helyzetben, adott motívumok hatása alatt ép oly szükségképeni, mint a szikla lezuhanása, mely a föld vonzóerejének engedelmessékedik.” (Vámbéry Rusztem: Büntetőjog. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1913, 41. o.) „... beszélhetünk akaratról ... ha azt a lélektani folyamatot értjük alatta, amelyben a motívumok küzdelme lejátszódik.” (I. m. 42. o.) „A determinizmus is ismeri az akarat szabadságát, csak hogy szabadság alatt mást ért, mint az indeterminizmus. Számára a szabadság abban áll, hogy az ember akaratelhatározásában a pszichikai tényezők s különösen erkölcsi képzetek szabadon érvényesülhetnek.” (I. m. 48. o.)

⁸⁵ „Kívül esik a büntetőjog fogalmi keretén, hogy az indeterminizmusnak és a determinizmusnak küzdelmében, amely évezredek óta foglalkoztatja az emberi gondolkodást, aktív részt vegyen. ... A büntetőjogi felelősségnek elég alapot biztosít az a feltevés, ... hogy minden emberi cselekvés lélektanilag ... okozatos, tehát képzetek által befolyásolható...” (I. m. 43. o.) „Midőn az állam az embert cselekvésének negatív erkölcsi értékeért büntetőjogilag felelőssé teszi, nem tesz egyebet, minthogy vissza vezetvén az ember cselekvését tényezőire, oly mértékben fejezi ki rosszalását, amily mértékben a cselekvő ember egyénisége a cselekvés tényezői közt szerepel. Nem azért rosszaljuk az ember cselekvését, mert másképp akarhatott volna, hanem azért, mert rossz.” (I. m. 46. o.)

⁸⁶ „Az erkölcsi ítélet, úgy mint annak következményei, függetlenek a cselekvés genezisétől. Mindamelllett a determinizmus hozza szorosabb kapcsolatba a tettet a tettes egyéniségével, midőn azt tanítja, hogy az ember a lehetséges akaratelhatározások közül azt választja, amelyet az adott helyzetben egyéni sajátosságához képest legmegfelelőbbnek tart. ... Nem a determinizmusnak, hanem az indeterminizmusnak az eredménye az egyéniség <<megsemmisítése>>, mert szerinte az ember <<szabadon>>, tehát saját én-jétől is függetlenül választ s

– a korlátozottan szabad akarat felfogását tette magáévá. Angyal szerint a büntetések alapja az a képzet, hogy az egyén előtt van választási lehetőség (ha nincs, vagyis a körülmények kényszerítőek, akkor az elkövető nem is büntethető), ám ezen választási lehetőségek körét a társadalmi feltételek korlátozzák és szűkítik. Ezért az „egyéni felelősséget” ki kell egészíteni a „társadalmi felelősséggel”, amelyre a potenciális bűnözőnek nincs hatása, így ezek az „exogén” motívumok csökkentik az egyén felróhatóságát (amelyet az „endogén”, belső motívumok alapoznak meg).⁸⁷

Szabad akarat vs. determinizmus – játékelméleti és gazdasági jogelméleti szempontból

Az elmélettörténeti áttekintés és vizsgálódási tárgyunk teoretikus megalapozása után a kérdés most már az: vajon létezik-e a bűn és tisztesség közötti egyéni választás szabadsága, vagy ezt a választást rajtunk kívülálló tényezők határozzák meg. A kérdésre a válasz nem egyszerű, éppen ezért nehéz is röviden megfogalmazni. Ám ha mégis meg kell tennünk, akkor azt mondhatjuk, hogy az ember „*motívumok által korlátozott akarral*”, ha úgy tetszik, „félszabad” akarral rendelkezik. A „félszabad” vagy „korlátozott” jelzők ebben az esetben arra utalnak, hogy az egyes ember ugyan szabad, és elvileg bármilyen döntést meghozhat, illetve ennek alapján bármit cselekedhet, ám a gyakorlatban ebben a tiszta formában ez csak az esetek töredékében érvényesül(het). Az emberre hatnak különböző társadalmi kötöttségek, elvárások, amelyeknek való megfelelés vagy meg nem felelés az illető jövőjét is meghatározza; mindezek pedig olyan incentivákként, ösztönzőkként funkcionálnak, amelyek erősen behatárolják a reális cselekvési lehetőségeket. Szinte mindenki figyelembe veszi döntései, így esetleges bűnözői pályára lépése (vagy egyes büntettek megvalósítása) előtt (is) ezeket a befolyásoló motívumokat, bár ezen motívumok természetesen máshogy és máshogy hatnak különböző szociális státusszal, életkilátásokkal stb. rendelkező személyekre. De még ezen körülmények (társadalmi helyzet stb.) is – viszonylagos változatlanságuk okán – cselekvést meghatározó módon működnek, hiszen adott külső tényezők adott személyi kör számára mint konstans extern adottságok léteznek, amelyeket mikroszinten meg lehet változtatni vagy lehet a hatásukat eliminálni, de makroszinten, társadalmi méretekben már nem, vagy (rövid távon) csak igen korlátozottan. Ahogy Madách Tragédiájában olvashattuk: az ember szabad, de az emberiség determinált.⁸⁸ Mindez egy furcsa kettős helyzetet eredményez: ugyanis *miközben a választás szabadsága pszichológiai realitás, azonközben a szociológiai faktorok ösztársadalmi szintű folyamatokat meghatározó ereje pedig statisztikai realitás*. Tehát míg egyfelől azt látjuk, hogy az egyén felelősen dönthet, addig másfelől azt is tapasztaljuk, hogy ezen egyéni döntések azonos társadalmi körülmények között évről évre kísértetiesen hasonló tendenciákat eredményeznek. E két meglátás összeegyeztethetőségének a magyarázatára két,

valósággal érthetetlen, hogyan lehet ezért a választásért, amely voltaképp a véletlen műve, az embert felelősségre vonni.” (I. m. 46. o.)

⁸⁷ Vö.: Angyal Pál: A magyar büntetőjog tankönyve. Első kötet. Budapest, 1942, 16-17. o.!

⁸⁸ A Tizenötödik Színben Lucifer biztatja Ádámot, hogy térjen le az Isten által rendelt útról, mert megvan hozzá a lehetősége, hisz a sorsa kizárólag a saját kezében van: „Az ember sincs egyénileg lekötve, / De az egész nem hordja láncait”. Ádám hisz neki: „Megállj! mi eszme villant meg fejemben - / Dacolhatok még, Isten, véled is.” Az Angyalok Kara azonban kijózanító módon zárja le a beszélgetést: „Szabadon bűn és erény közt / Választhatni, mily nagy eszme, / S tudni mégis, hogy felettünk / Pajzsul áll Isten kegyelme. [...] Ámde útag felségében / Ne vakítson el a képzet, / Hogy, amit téssz, azt az Isten / Dicsőségére *te* végzed”.

az emberi cselekvések okaival foglalkozó elméleti diszciplínát kell bemutatnunk: az egyik a Neumann János által lefektetett játékelmélet, a másik pedig a jog gazdasági elmélete.

Mindkét paradigmában közös, hogy az emberi racionalitásból indul ki, és a társadalmi folyamatokat mint az egyéni döntések eredőit az ésszerű emberi cselekvésekkel magyarázza; továbbá hogy a makroszintű folyamatok keletkezését az általános emberi racionalitásból fakadóan eleve adottnak veszi. A jövő tehát kiszámítható, előre jelezhető, hiszen azonos külső körülmények és azonos belső ösztönzők (az önérdek felismerése és képviselésének általános, mindenkire jellemző igénye) hatására emberek tömegei azonos módon fognak cselekedni. A két elméleti vonulat közötti lényegi különbség az, hogy míg a gazdasági jogelmélet hisz abban, hogy az egyénileg ésszerű cselekedetek eredője egy ésszerű társadalmi berendezkedés lesz (lásd például a neoklasszikus közgazdaságtani iskola kiállását a tökéletes szabad piac, a *laissez faire* elve mellett), és ha mégsem, akkor ez az ideális társadalmi állapot az egyénekre ható ösztönzők megfelelő megválasztása révén megvalósítható, addig a játékelmélet beismeri, hogy bizonyos társas (társadalmi) szituációkban a helyzet lényegéből fakadóan az egyénileg racionális választások egy senki számára nem kívánatos eredményhez vezetnek. Ebből fakadóan a játékelmélet számára a jog nem mint a beavatkozás, hanem csak mint az elméletképzés terepe érdekes; a gazdasági jogelmélet (illetve annak egyik, számunkra vizsgálatra érdemes ága) viszont nem elégszik meg a jog által szabályozott helyzetek pusztá leírásával, hanem normatív módon közelít azokhoz.

Ami a játékelméletet illeti, annak eredményei (elsősorban még nem a jogi kategóriák szintjén) egyértelműen alátámasztják a „motívumok által kötött akaratra” vonatkozó kiinduló tételünket. Az emberi döntés ugyanis elvileg szabad, mivel azonban minden (vagy majdnem minden) ember racionális lény, ezért az egyének azonos feltételek mellett azonos döntésekre fognak jutni, amely döntések éppen ezért kellőképpen stabilak és jól előre jelezhetőek lesznek. Ahhoz, hogy megnézzük, hogyan vezetnek az egyénileg szabad döntések társadalmilag determinált eredményhez, ismertetünk két klasszikus példát. A két példa jellegzetessége az, hogy bár az azokban bemutatott helyzetekben az emberek ésszerű motivációk alapján cselekszenek, választásaik együttes hatása mégis irracionális következményekre vezet. Ezt pedig ugyan az adott szituációkban cselekvő személyek – racionalitásuk folytán – tudják is, mégsem térnek el egy mindenki számára kívánatosabb megoldás irányába, röviden: a helyzet kényszerítő ereje determinálja őket (ideálisan egyforma ésszerűségük alapján ideálisan ugyanúgy minden embert) arra, hogy jól felfogott együttes érdekük *ellenére* cselekedjenek. Még világosabban: az adott helyzetekben minden ember saját szabad akaratából cselekszik ugyan, a megoldás mégis egyértelműen anticipálható; *az akarás irányát ugyanis maga a helyzet határozza meg*, a helyzet kényszerít engem arra, hogy azt akarjam (mert racionális vagyok), amit akarok, és ne mást (még akkor is, ha a megoldásról előre tudhatom, hogy nem lesz a kedvemre való).

Az első példa a sokat elemzett „fogoly-dilemma”.⁸⁹ E dilemmának több megfogalmazása van,⁹⁰ de a közkeletűbbek közül a legmodernebb a következő. Tegyük fel,

⁸⁹ A „fogoly-dilemma” leírását és következményeinek bemutatását magyar nyelven legkimerítőbben Mérő László „Mindenkinek másféleképpen egyforma” (Tericum Kiadó, Budapest, 1996) című könyve tartalmazza (lásd különösen a 46-49. oldalak közötti részt!). A racionalitás/irracionális és a „dolgok rendje” állandóságának (szükségszerűségének) bemutatása azonban csaknem az egész könyvön végigvonul; ezenkívül rengeteg egyéb szemléletes példával szolgál az emberi gondolkodás természetéről Mérő László egy másik, Észjárások című munkája is (Tericum Kiadó, Budapest, 1997 – illetve ennek újabb, átdolgozott szövegű változata „Új észjárások”, Tericum Kiadó, Budapest, 2001/). A fogoly-dilemmához lásd továbbá magyar nyelven: Cooter, Robert – Ulen, Thomas: Jog és közgazdaságtan. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2005, 49-52. o.; Rawls, John: Az igazságosság elmélete. Osiris Kiadó, Budapest, 1997, 324-325. o.; illetve angolul: Crump, David: Game Theory, Legislation, and the Multiple Meanings of Equality. Harvard Journal on Legislation, Vol. 38, No. 2, 2001, 373-4376. o.!

⁹⁰ Az anomália eredetije Albert W. Tuckertől származik, aki azt 1951-ben fogalmazta meg.

hogy két személyt valamilyen társtettességben elkövetett súlyos bűncselekménnyel vádolnak, ám csak közvetett bizonyítékok állnak az ügyész rendelkezésére. Ahhoz, hogy az ügyész vádja a bíróság előtt megálljon, mindenképpen szüksége van a beismerő vallomásra. Ha ez hiányzik, akkor csak egy jelentéktelen vétséget fog tudni a vádlottakra bizonyítani, amelynek a bírói gyakorlat szerinti szokásos büntetési tétele egy év szabadságvesztés, míg a súlyos büntett esetében a terhelték (ha a tett rájuk bizonyul) tíz év szabadságvesztéssel számolhatnak. Az ügyész az elfogott és külön cellákban tartott mindkét személynek vádalkut ajánl: ha bevallja a tettet, a társa pedig nem, akkor együttműködéséért és a másként be nem szerezhető bizonyítékért, valamint az ügy lezárásának lehetővé tételéért cserébe őt nem vádolja meg sem a súlyosabb büntetssel, sem az enyhébb vétséggel, tehát szabadul; társával szemben ellenben (az együttműködés megtagadásáért és az igazság kiderítésének hátráltatásáért) a tíz év szabadságvesztéssel büntetendő cselekmény miatt emel (a beismerő vallomás birtokában bizonyosan sikeresen) vádat. Ugyanakkor mindkettőjükkel közli az ügyész azt is, hogy ha ő is vall, és a társa is, akkor (mivel bármelyikük közreműködése nélkül is megvan a szükséges bizonyíték, hiszen a másik elkövető vallomása az övé hiányában is rendelkezésre állna) az enyhítő körülmények (a beismerő vallomások) figyelembe vételével mindkét terheltre öt-öt éves szabadságvesztés kiszabását fogja kérni a bíróságtól (ami szintén megfelel az egységes és töretlen bírói gyakorlatnak). Egyszerűbben: (I.) ha „A” vall, és „B” nem, akkor „A”-t nem büntetik meg (büntetése 0 év lesz), míg „B” 10 évet kap; (II.) ha „B” vall, és „A” nem, akkor „B” kap 0 évet, „A” pedig 10-et; (III.) ha mindketten vallanak, akkor „A” és „B” is 5-5 évet kap; (IV.) ha pedig egyikük sem vall, akkor „A” is és „B” is 1-1 évvel megússza. Nem nehéz belátni, hogy ha büntetéseik összességében vett minimalizálására törekszenek (ahogyan a gazdasági jogelmélet fogalmazza: az osztársadalmi jólétet kívánják maximalizálni), akkor a (IV.) megoldást kell választaniuk, így ugyanis mindössze kétévnyi börtönt kapnának, míg az összes többi esetben a büntetések együttes nagysága tíz év lenne. Mégsem ezt fogják választani.

Ha ugyanis valóban racionális lények, akkor egyrészt saját veszteségeik minimalizálására fognak törekedni, másrészt feltételezik, hogy a másikkal is ezt teszi. Ami az előbbit illeti, a helyzet egyértelmű: egy évnél jobb a nulla, tíznél pedig az öt. Az elkövető eszerint a következőképpen gondolkodik: „Ha én nem vallok, és ő sem, akkor egy-egy évet kapunk. Bár ez lenne *mindkettőnk* számára a legideálisabb, de számomra ésszerűbb, ha nem *mindkettőnkre*, hanem csak *magamra* gondolok. Személy szerint én egy évet sem kívánok börtönben tölteni, így ha ő nem vall, én pedig igen, akkor most azonnal szabadulok. Az pedig, hogy emiatt ő tíz évet ül, abszolúte nem érdekel. Tehát *abban az esetben, ha ő nem vall, számomra az lesz a racionális döntés, ha én vallok*. Ellenben ha ő vall, akkor egyenesen muszáj nekem is vallanom, hiszen ha nem teszem, ő megússza az egészet büntetés nélkül, én meg tíz évet kapok, és egyedül viszem el az egész balhét. Ha viszont én is vallok, akkor a tíz év helyett csak ötöt kell börtönben töltenem (igaz, neki is, de ez megint csak nem érdekel). Vagyis *abban az esetben is, ha ő vall, én akkor járok jobban, ha én is vallok*.” A fentiekből látható, hogy a fogoly számára mindkét lehetséges esetben, vagyis akár vall a másik, akár nem, ésszerűbb lesz neki magának vallania. Másrészt ha valóban feltételezzük, hogy mindketten racionálisan gondolkodnak, akkor pontosan tudják, hogy a másikkal is ugyanezt az eszmefuttatást vezette végig, vagyis hogy „*neki is az lesz ésszerű, bármit is csináljak én, ha vall. Márpedig ha vall, akkor biztosan nem számíthatok az 1-1 éves börtönt eredményező hallgatólagos és igencsak kockázatos kooperációra; ekkor a legjobb, amit tehetek, hogy én is vallok, öt évre redukálva így az egyébként várható tízéves büntetésemet*.” Végeredményben a helyzet és saját gondolkodó lény mivoltuk együttesen arra kényszerítette őket, hogy az egyébként a szituációból elvileg kihozható 1-1 éves börtön helyett 5-5 évnyi büntetésben részesüljenek.

A másik itt ismertető klasszikus játékelméleti anomália a „közlegelő problémája”. A példa az előbbivel ellentétben nem jogi jellegű, de nem kevésbé szemléletes módon mutatja be azt, hogy a szabad akarat alapuló cselekvések makroszinten egy előre kiszámítható,

determinált, és még csak nem is kedvező következményre vezetnek. Tegyük fel, hogy egy faluban van tíz gazda, mindegyik gazdának van egy-egy tehene, és ennek a tíz tehénnek a falu legelője épp elég nagy ahhoz, hogy mindegyik jóllakjon és sok tejet adjon, de nagyjából le is legelik az ott található fűvet. Az egyik gazda (számára tökéletesen racionális módon) kitalálja, hogy ő vesz még egy tehenet, minek következtében az egy tehenre jutó fű mennyisége alig észrevehetően (mintegy 9 %-kal) csökken, és az egy tehéntől lefejtető tej mennyisége kis mértékben (az eredeti mennyiség 91 %-ára) apadni kezd. Ugyanakkor az a gazda, akinek két tehene van, a rendelkezésére álló tej mennyiségét közel megduplázza (körülbelül 82 %-kal növeli). Ezt látva egy másik gazda is úgy dönt, hogy vesz egy második tehenet, ami az egy főre jutó fű és az egységnyi tej mennyiségét még további 8 %-kal csökkenti, és így már csak az eredeti mennyiség 83 %-a jut egy-egy tehenre. Annak a két gazdának azonban, akiknek már két tehenük van, a tejhozamuk így is nagyjából 66 és fél százalékkal növekszik. Az egyre fogyó tej mennyiséget látva azonban a harmadik gazda is kénytelen újabb tehenet venni, majd sorban a többiek is, mígnem mindenkinek lesz két tehene, akik immáron éheznek, hisz a közös legelő húsz tehénnek nem tud elegendő fűvet adni. A tejhozam is a felére csökken, ha nem apad el teljesen, de még az optimális esetet is véve alapul: minden gazdának ugyanannyi teje lesz az immáron két-két tehenük által, mint volt az egy által, csak feleslegesen beruháztak egy drága második tehenbe. Vagyis bár ésszerűen, önérdelkeiket maradéktalanul képviselve, szabad akaratukból cselekedtek, tetteik eredménye mégis szükségszerűen vezetett egy előre látható, megjósolható, ám korántsem kívánt következményhez. Az első gazda tehénvásárlása egyéni motivációját tekintve teljesen ésszerű volt abban a helyzetben; éppúgy, ahogy a második gazda beruházása az újabb, a harmadik gazda investíciója az ezt követően megváltozott szituációban – és így tovább. Ez a második példa is világosan mutatja tehát, hogy az egyéni döntés szabadsága és a körülményeknek (a dolgok jellegének) kényszerítő ereje nem zárja ki egymást; nem helytelen tehát egyfelől a cselekedetek társadalmi meghatározottságáról, makroszintű determinációjáról,⁹¹ másfelől pedig szabad akaratról, az egyéni elhatározás szubjektív szándéktól függő jellegéről beszélni. A két játékelméleti példa megmutatta, hogy a magatartásra és az azt megelőző döntésre ható incentivák még az *akaró* személy *akarását* is meghatározhatják; vagyis éppen lényegünk: ésszerűségünk (avagy más példákban erkölcsösségünk, meghatározott elvekhez vagy személyekhez való lojalitásunk, esetleg ezer más immanens tulajdonságaink egyike vagy másika), egybevetve és kiegészítve a társadalmi körülményekkel az, ami az akarat *keletkezésére* magára is kihat. A „motivumok által korlátozott akarat” tételének megvilágítására mindkét anomália alkalmas; a „fogoly-dilemma” a mi szempontunkból talán azért jobb mégis egy árnyalatnyival, mert egy olyan, jogi szituációban keletkező „választási lehetőséget” mutat be, amely nem pusztán egy spekulatív filozófálgatásra alkalmas helyzetet ír le, hanem olyan döntési szituációt tár elénk, amely a valóságban is könnyen előfordulhat, és minden bizonnyal (különböző jogrendszerekben eltérő mértékben) már sokszor elő is fordult.

A jog gazdasági megközelítése („*economic approach to law*”), vagy más elnevezéssel „a jog gazdasági elemzése” („*economic analysis of law*”) képviselői – a játékelméleti paradigma híveihez hasonlóan – az embereket racionális, ésszerűen gondolkodó és cselekvő lényeknek tartják, akik saját jólétük, „hasznuk” előmozdítására és növelésére törekcszenek.⁹² Mivel pedig a különböző társadalmi viszonyok ezekből a racionális egyéni cselekvésekből épülnek fel, így azok empirikus vizsgálatra és a jövőendő történések megjósolására (illetve ezek alapján azok befolyásolására) alkalmasak. A társadalmi viszonyok (és benne a jog) gazdasági

⁹¹ A „determináció” valójában nem a legmegfelelőbb szó ezen hatás leírására, mivel az ismertetett mechanizmusok nem determinisztikusak (a szó hagyományos értelmében), hanem sztochasztikusak (valószínűségi alapúak); mivel azonban a „determinizmus” a szabad akarat kérdésével foglalkozó irodalomban bevett kategóriává vált, a magunk részéről a továbbiakban (ahogy eddig is) ezt a kifejezést használjuk.

⁹² A jog gazdasági elméletének filozófiai alapja a Beccaria és Bentham nevéhez köthető utilitarizmus.

megközelítésének elmélete azonban nem egy egységes, belső vitáktól és szembenállásoktól mentes iskola, hanem részben különböző felfogások gyűjtőterülete. A legfontosabb megosztottság a gazdasági elemzés tágabb, illetve szűkebb értelemben felfogott jelentései között áll fenn. Tágabb értelemben véve a gazdasági megközelítés azt jelenti, hogy az emberek minden cselekvésük előtt egyfajta költség-haszon elemzést végeznek, azaz e nézet követői minden tevékenységben piaci cserét látnak: eszerint az emberek minden döntésük előtt felméri azok pozitív és negatív következményeit, pénzbeli és nem pénzbeli előnyeit és hátrányait, és csak ezen racionális mérlegelés után fogják a döntést meghozni. A szűkebb értelmű felfogás pedig azt jelenti, hogy a racionális mérlegelés kizárólag a pénzbeli, vagyoni, anyagi jellegű előnyök és hátrányok számbavételére korlátozódik. Ezenkívül immáron kifejezetten a *jog* gazdasági elmélete vonatkozásában különbséget tehetünk pozitív és normatív gazdasági jogelmélet között. Az előbbi azt mondja meg, hogy mi az, ami létezik, milyen tényleges hatása van egy adott szabályozásnak a társadalmi haszon mértékére, illetve ez a jövőben feltehetőleg hogyan fog megváltozni; az utóbbi pedig arra keresi a választ, hogy hogyan lehetne a jelenleg létező szabályozáson a hatékonyság szempontjából javítani, a pillanatnyilag létező szabályok milyen irányú megváltoztatásával lehetne a társadalmi haszon mértékét növelni.⁹³ A normatív irányzat szerint tehát a társadalmi feltételek változtatása kihat az egyéni döntések meghozatalára, így a külső körülmények helyes kialakítása befolyásolni tudja az emberek ezen feltételekhez igazítandó akaratát.

Ami szűkebb vizsgálódási területünket, a büntetőjogot illeti, annak elemzése abból indul ki, hogy a bűncselekmények elkövetése csökkenti az össztársadalmi hasznot, mivel egyrészt a bűn közvetlenül kárt okoz az áldozatnak (és gyakran annak hozzátartozóinak), másrészt közvetett módon kárt okoz az egész társadalomnak, ami a várható további bűncselekmények megelőzésére tett, önmagukban nem produktív erőfeszítésekben, illetve a bűnözéstől való általános félelemben, szorongásban nyilvánul meg. Ehhez képest a bűnöző számára a bűncselekmény által elérhető haszon jóval kisebb⁹⁴ (és persze igazságtalan is – de ezt a tisztán

⁹³ A jog pozitív gazdasági elemzése tehát leíró (deskriptív), míg a jog normatív gazdasági elemzése előíró (preskriptív) szemléletű; az előbbi azt elemzi, hogy mi van és mi lesz, az utóbbi pedig reformokat javasol, programot ad. Egy magasabb absztrakciós szintre helyezve ezeket azt is mondhatjuk, hogy az előbbi a kanti *Sein*, míg az utóbbi a *Sollen* szférájába tartozik.

⁹⁴ Az utilitarista filozófia talán legnagyobb alakja, Jeremy Bentham szerint az államnak, mikor bizonyos magatartásokat büntetendőnek nyilvánít, illetve mikor ezen rendelkezések megsértésének esetére meghatározott szankciókat állapít meg, mindig azt kell figyelembe vennie, hogy a fenti aktusok eredményeképpen a társadalom tagjaira összességében több jó háramoljék, mint amennyi rossz ugyanezen aktusból származnék. Vagyis egy emberi magatartást csak akkor helyes büntetéssel fenyegetni, ha annak megvalósítása a társadalom számára nagyobb rosszat jelent, mint az adott cselekmény elmaradása; másrészt csak olyan szankciót szabad e deliktum elkövetőjével szemben alkalmazni, amely hatásában a társadalom tagjainak összessége számára nagyobb jót eredményez, mint amekkora kárt esetlegesen okoz. Ami egyes cselekedetek büntetendővé nyilvánításának igazolhatóságát illeti, e vonatkozásban az ún. első-, másod- és harmadrendű jó és rossz következményeket is számba kell venni, és csak ezek mindegyikének egymással való összevetése alapján lehet az adott magatartás megbüntetésének hasznosságáról, így megengedhetőségéről véleményt formálni. Az elsőrendű jó az, ami a bűn megvalósítása folytán az elkövetőre (esetleg másokra, például a családtagjaira) háramlik; ezzel szemben az elsőrendű rossz mindaz, amit az áldozat kell, hogy a deliktummal kapcsolatban elviseljen. Már önmagában ez a kettő egyértelműen a büntetés igénye felé billenti a mérleg nyelvét, hiszen a bűnöző általi nyereség rendszerint meg sem közelíti a sértett veszteségét. Vannak ugyan kivételes esetek, amikor ez még sincs így, például akkor, ha egy szegény, nincstelen polgár egy gazdagtól kenyeret lop vagy a közösből tulajdonít el valamit (ez utóbbi esetben még konkrét áldozat sincs), ám a másodrendű rossz még ezen esetekben is felülmúlja az elkövetőnek jutó elsőrendű jót (a bűncselekménnyel realizált hasznot), amely rossz a társadalom összes többi tagjának azon félelmében nyilvánul meg, hogy ők is hasonló bűncselekmények veszélyének lesznek kitéve. Mivel pedig ez emberek tömegét jelenti, ez a hátrány számossága folytán bizonyosan felülmúlja az egyedi elkövető várható hasznának mértékét. Végül ehhez járul a harmadrendű (és a legnagyobb) rossz, vagyis az a veszély, hogy ha a bűnök megtorlatlanul maradnának, akkor „abból még egyetemes és tartós csüggettség, a munka félbeszakadása, végre a társadalom felbomlása is eredne”. (Bentham, Jeremy /Bentham Jeremias/: Polgári s büntető törvényhozási értekezések. /ford.:

morális szempontot a gazdasági paradigma nem értékeli); ennek következtében a társadalom rosszabb helyzetbe kerül, mint amilyenbe a bűncselekmény elkövetése nélkül került volna. Az ösztársadalmi költségeket pedig a leginkább azáltal csökkenthetjük, ha nem hagyjuk, hogy a potenciális tettesek bűncselekményt kövessenek el, vagyis ha azok elkövetését *megelőzzük*.

A bűnöző egy ideális piacon tevékenykedik, ahol a bűn és a büntetés egy áru-ellenérték viszonyának felel meg. Ahogy egy hagyományos piacon valamely termék iránti kereslet nő a termék árának csökkenésével, és csökken a termék árának növekedésével, ugyanúgy a „bűnözési piacon” is a bűnözés árának csökkenésével nő, növekedésével pedig csökken a bűnözés iránti kereslet, azaz a bűnözés mértéke, az elkövetett bűncselekmények száma. Ezt az emberi viszonyulást az „ökonómiai paradigma” fogalmával fejezhetjük ki, melynek lényege az a feltevés, hogy az emberek cselekvéseiket bizonyos ösztönzők hatására alakítják, így ezen incentivák helyes megválasztásával el lehet érni, hogy az egyén a kívánt módon cselekedjék, avagy tartózkodjon a nem kívánt magatartásoktól. Ezen ösztönzők közé tartozik mindenekelőtt a legális és a nem legális tevékenységek közötti választási lehetőségek köre, az azokból elérhető hasznok nagysága, az illegális magatartási formák következményeitől való félelem,⁹⁵ és ez utóbbiak közül különösen fontos a várható szankció mértéke és realizálódásának esélye. Vagyis egyrészt a bűnözővé válás nem kis mértékben függ attól, hogy mennyire könnyű ilyen tevékenységből viszonylag nagy jövedelemre szert tenni, illetve mekkora a valószínűsége annak, hogy ezt vagy ennek egy részét tisztességes munkával is meg lehessen keresni; ebből pedig következik, hogy növelve a tisztességes boldogulás lehetőségét (és ezáltal a bűnözés relatív költségeit) a bűnelkövetés (vagy legalábbis annak egyes formái) ellen nemcsak rendőrségi-bírósi eszközökkel, hanem a foglalkoztatottsági szint emelésével, illetve a gazdasági folyamatokhoz alkalmazkodó képzésekkel, azaz a társadalmi jólét növelésével is lehet küzdeni. Másrészt azonban vannak olyan deliktumok, ahol ez már nem (mindig) elégséges: ezekben az esetekben kell, hogy közvetlen szerepet kapjanak a büntetések. Mivel a büntetés a gazdasági jogelmélet szerint nem más, mint a bűn ára, és ennek az „árnak” két összetevője van, a szankció mértéke és az elítélés valószínűsége, ezért a büntettek csökkentését elvileg két módon is el lehet érni: szigorúbb büntetésekkel, illetve hatékonyabb felderítéssel. Mindkettő abból a megfontolásból indul ki, hogy végső soron a bűnt elkövető és a társadalom (közvetlenül pedig az áldozat) között is egy piaci csere megy végbe, amely azonban nem felel meg az ideális piac érték-ellenérték egyenlősége követelményének, ezért az értékegyensúly helyreállításához állami beavatkozásra van szükség, amely azt azzal valószínűsíti meg, hogy növeli a bűn árának valamely (vagy mindkét) összetevőjét, ezzel próbálva megvédeni a potenciális áldozatokat, illetve általában véve az egész társadalmat a bűncselekményektől.

Bűn, büntetés, elrettentés, megelőzés: a társadalmi körülmények és az emberi racionalitás ereje napjaink tapasztalatai alapján

Récsi Emil/. Első kötet: Törvényhozási elvek. Polgári törvénykönyv elvei. Kolozsvárt, Tilsch és Fia, 1842, 67-68. o.)

⁹⁵ A kérdés persze az emberi pszichéből adódóan ennél bonyolultabb, előfordulhat ugyanis például az, hogy a várható jogkövetkezmény súlyának vagy valószínűségének növekedése egyes személyeket még inkább bűnök elkövetésére sarkall. Léteznek ugyanis kockázatkedvelő („*risk-preferrer*”) egyének, akiknek a szemében a növekvő veszély egyenesen kihívást jelent, egyfajta próbát a sorssal szemben; míg a kockázatkerülő vagy jogtisztelő („*risk-avoider*”, „*law-abider*”) személyek azok, akiket a rizikó emelkedő mértéke a bűnözéstől való elállásra ösztönözhet. (Vö.: Ehrlich, Isaac: The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement. In: Journal of Legal Studies, 1972, No. 1, 265-267. o.!)

A bűncselekmények volumene, belső megoszlása (aránya) és ezek változása tehát részben az általános szociológiai feltételektől, részben a társadalomban élő egyes személyek szubjektív pszichológiai motivációjától, személyiségétől (ami a neveltetés és a környezeti hatások révén szintén jelentős mértékben külső feltételek által határozódik meg), részben pedig az ezek negatív (bűncselekmények elkövetésére ösztönző) hatását ellensúlyozni, avagy pozitív (a bűnözéssel szembeni attitűdben megnyilvánuló) hatását megerősíteni hivatott állami szankciók jellegétől függ. Mindezek alapján a motívumok által befolyásolt egyéni döntések azonos feltételek között azonos statisztikai adatokat eredményeznek; így a társadalmi létfeltételek változatlanul hagyása a korábbiakhoz hasonló bűnözői aktivitást fog indukálni.⁹⁶ A legtöbb bűncselekmény esetében a jogi környezet (a büntető szankciók) viszonylag kisebb (nem nagyságrendnyi mértékű) változása sem befolyásolja ezt a helyzetet, vagyis van a bűnözésnek egy olyan állandó szintje, amelyre a büntetések szigorítása vagy enyhítése nem, vagy csak alig észrevehető és ezért statisztikailag inszignifikáns mértékben hat ki.⁹⁷ Ez a helyzet tipikusan a büntettek legnagyobb részét kitevő és így a bűnözési adatsorokat leginkább meghatározó vagyon elleni bűncselekmények esetében; ezek elkövetésére ugyanis legtöbbször olyan motívumok hatnak (munkanélküliség, szegénység, a deviáns környezet általi falszocializáció), amelyeket a büntetések nagysága csak nehezen tud „felülírni”. Nils Christie saját hazájáról, Norvégiáról írja, hogy „a bűncselekmény elkövetésében bűnösnek talált személyek aránya a tizenkilencedik század folyamán viszonylag állandó”, noha „a fogva tartottak aránya az 1843-as csúcstról alig negyedére esik vissza”.⁹⁸ Továbbá: „A bűnelkövetők számának megugrása csak az 1960-as években következik be, ami azonban még ekkor sem befolyásolja a börtönnépeség nagyságát.”⁹⁹ Vagyis Norvégiában az ítéletek szigorúsága vagy enyhése nem hatott az össz-bűnözésre; ha a társadalmi feltételek azonosak voltak, akkor a jogi helyzet változása ellenére az össz-bűnözés is változatlan maradt, ha viszont a szociológiai tényezők módosultak, akkor (a büntetések korábbi szinten maradása ellenére) módosult a bűnözői aktivitás mértéke is. Talán mindennél jobban mutatja a környezeti faktorok determináló erejét az ún. „gettóbűnözés”. A gettóban az erőszak, a „bandázás” és a vagyon elleni bűncselekmények elkövetése mindennapos dolog, aminek több oka is van. Egyrészt a gettóban nagyon kevés a munkaalkalom, rettentő nagy a szegénység, amit csak fokoz a többségi társadalom hozzáállása, mely el kívánja őket szigetelni maguktól, a normális élettől, esélyt sem

⁹⁶ E tétel bizonyításához nem kell messzire mennünk: az egyik legjobb példát éppen a magyar jogrendszer adja. Miközben ugyanis a rendszerváltás folyamatában a társadalmi környezet intenzív változáson ment keresztül, annyira, hogy az 1988 és 1991 közötti három év alatt a hatóságok tudomására jutott összes bűncselekmények száma két és félszeresére nőtt, és a társadalom anómias állapotából kifolyólag az ezt követő évekre is a hektikus mozgások voltak jellemzőek, addig az utóbbi időszak jelentős felbolydulások nélküli éveiben stabil, sőt már-már merev a bűnözési szint. (2002 és 2007 között mindössze egy körülbelül 5 %-os eltérés, vagyis az átlaghoz képest +/- 2,5–2,5 %-os /!/ kilengés tapasztalható. Ez a jelenség a számokat egymás mellé téve még kifejezőbb: 2002 és 2007 között ugyanis az összes bűncselekmények száma sorrendben 420 782, 413 343, 418 883, 436 522, 425 941 és 426 914 volt.)

⁹⁷ Ezért történhetett meg, hogy még az olyan „nagy vállalkozások” is, mint a *treatment* ideológia a maga javító-nevelő-reszocializáló funkciójával, a tetemes anyagi és szellemi erőforrások felhasználása és az elkövetővel való intenzív foglalkozás ellenére is kudarcot vallottak. A rendkívül drága „nevelő intézetek”, ahol az elkövetővel személyre szabottan, az átlagos börtönkörülményekhez képest igen igényes környezetben foglalkoztak, nem mérsékeltek a bűnözést, sőt az ilyen intézetekből kikerültek nagyobb számban váltak visszaesővé, mint azok, akik hagyományos fegyintézetekből szabadultak; vagyis kiderült, hogy pusztán a szabadságelvonás jellege nem vagy alig volt képes hatást gyakorolni a büntetésekre. (Vö.: Kabódi Csaba – Lőrincz József – Mezey Barna: Büntetés-tani alapfogalmak. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2005, 41–42. o.!) Ez részint annak volt „köszönhető”, hogy a nevelés felnőttkorban már elkésztett tevékenység, amely a gyermekkori szocializáció révén kialakult és stabilizálódott személyiség jellemvonásait nem képes felülírni; részint pedig annak, hogy az „átnevelt” személyek ugyanabba a környezetbe, ugyanazon társadalmi létfeltételek közé kerültek vissza, amely korábban bűncselekmények elkövetésére vezérelte őket.

⁹⁸ Christie, Nils: Büntetésipar. Osiris Kiadó, Budapest, 2004, 48. o.

⁹⁹ Uo.

adva így az ott születetteknek a kitörésre. (Ez persze nem jelenti, hogy ne lennének kivételek, de társadalmi méretekben ők nem befolyásolják a folyamatok jellegét és irányát.) Ez az esélytelenség a tisztességes boldogulásra, hozzávéve azt a negatív mintát, amelyet nap mint nap látnak, arra vezeti őket, hogy más módon (bűncselekmények útján) próbáljanak megélni, továbbá a többségi társadalommal szembeni düh (amelynek tagjai magukra hagyták és ezzel mintegy belekényszerítették a nyomorba őket) eliminálja bennük azt a lelkiismeret-furdalást, amely amúgy a bűnözés legerősebb fékje lehetne. Szintén Christie utal arra, hogy az ezekben az általa kissé eufemisztikusan „belvárosi negyedekként” aposztrofált amerikai nagyvárosi gettóknban élő személyek (döntő többségükben feketék) nagy része bűnözővé válik, mert a létfeltételei és környezeti mintái arra kényszerítik őket, hogy azzá váljanak; például a Washington D.C. „belvárosában” élő feketék 42 %-a aktuálisan valamilyen büntetőjogi büntetés vagy intézkedés (szabadságvesztés, pártfogó felügyelet) alatt áll, és átlagosan négy személyből három számíthat arra, hogy 35 éves kora előtt legalább egyszer bebörtönzik.¹⁰⁰ Baltimore-ban pedig a fiatal fekete férfiak 56 %-a állt (1991-ben) büntetés vagy körözés alatt.¹⁰¹

Természetesen a lakóhelyen kívül az egyéb külső és belső faktorok is befolyásolják a bűnözés mértékét. Így például részben biológiai okból (a többek között az agresszióért is felelős férfi nemi hormon, a tesztoszteron hatására), részben a nőkéthől eltérő neveltetés révén¹⁰² a férfiak jóval nagyobb arányban követnek el bűncselekményeket, mint a nők, illetve a fiatalok merészségük, tapasztalatlanságuk és tettük következményeinek alulértékelése miatt nagyobb arányban, mint az idősebbek. Ezenkívül a szegénység, a munkanélküliség szintén befolyásoló tényező, mint ahogy a nagyvárosi, kisvárosi és falusi lét is (az erkölcsi normák meghatározó ereje a falvakban, illetve a személytelenség, individualizáció /és persze a több bűnözési alkalom/ a városokban ahhoz vezet, hogy a lakóhely lakosságának növekedésével nő a bűnözés mértéke is).¹⁰³ Felmerül a kérdés, hogy ha a pszichológiai és a szociológiai tényezők ennyire meghatározóak a bűnügyi statisztika alakulására nézve, akkor hogyan lehet ezek ellen küzdeni. A válasz az, hogy alapvetően kétféleképpen. Az egyik ezen eszközök közül a jogkövetkezmények súlyának növelése. Eszerint (mondja a gazdasági jogelmélet) ha növeljük a lebukás valószínűségét, illetve a szankció mértékét, akkor csökkenteni tudjuk a bűncselekmények számát. Ez az ún. elrettentési tétel, amely természetesen nem alkalmazható minden bűncselekményre, és amelyekre alkalmazható, azokra is csak feltételekkel. Egy kilátástalan helyzetben levő embert például nem fog elrettenteni az apróbb lopásoktól, ha néhány hónap helyett néhány évre zárjuk börtönbe, és ugyanez igaz lesz a könnyen realizálható deliktumokra is. Nem véletlen, hogy szélsőséges körülmények között csak szélsőséges szankciókkal lehet e bűncselekményeket megfékezni, például háborúban a légitámadások ideje alatt és után elkövetett vagyon elleni bűncselekményekre bevezetett statáriummal. Ebből persze az is következik, hogy normál körülmények közepette a bűnözés köznapi formái ellen a szankciók mértékének növelése csak kis mértékben alkalmas.¹⁰⁴ Azonban a bűnözés ellen –

¹⁰⁰ Vö.: i. m. 98. o.!

¹⁰¹ Uo.

¹⁰² A fiúkat a társadalmi sztereotípiáknak megfelelő „férfias” viselkedésre, a fájdalom és a nehézségek jobb elviselésére, a (néha túlzott) határozottságra, érdekei erőteljes megvédésére nevelik, amely sokkal több családban párosul az erőszak fiúknál való elnézésével/elfogadottságával, mint a lányok nevelése esetében.

¹⁰³ Az iskolai végzettségnek és a foglalkozás jellegének a bűnözéssel való összefüggése pedig pusztán ezen okok epifenoméneje, szükségszerű kísérő jelensége.

¹⁰⁴ Újabbban – megint csak az Egyesült Államokban – azt láthatjuk, hogy a jogalkotók a bűnözés kevésbé jelentős formái ellen is (vagy hogy pontosabban fogalmazzunk: a bűnözés egészével szemben) olykor igencsak extrém, már-már statáriális jelleghez közelítő eszközökkel (is) küzdenek. Erre a legeklektásabb példa az újabbban egyre több amerikai tagállamban hódító „*three strikes and you're out*” „doktrínája”, melynek lényege, hogy bizonyos bűncselekményeket korábban elkövetett bűnözők második, különösen pedig harmadik deliktumának megvalósítása esetén az ezen elkövetőkkel szemben törvényileg kötelezően alkalmazandó szankció minimális mértéke az első büntényesekkel szemben kiszabandó alapbüntetésnek a többszöröse lesz. Joanna M. Shepherd egy tanulmányában (Shepherd, Joanna M.: Fear of the First Strike: The Full Deterrent Effect of California's Two- and

mint láttuk – nemcsak a kiszabandó büntetések szigorításával lehet harcolni, hanem az elítélési valószínűség növelésével is. Beccaria óta tudjuk, hogy „a bűnözésnek legerősebb fékje nem a büntetések kegyetlensége, hanem azok elmaradhatatlansága”.^{105 106} Vagyis ahhoz, hogy a bűnözés volumenét csökkentsük, nem a retorzió mértékét kell növelni (feltételezve természetesen annak egy minimális, reális hátrányként érzékelhető súlyát), hanem a bűnüldözés hatékonyságát, mivel bármilyen súlyos szankcióval is fenyegezzünk bizonyos bűncselekményeket, ha az elkövető abban a hiszemben van, hogy a büntetést valószínűleg elkerüli, akkor nem fog attól visszariadni; ellenben ha biztos lehet benne, hogy ugyan viszonylag kicsi büntetést kap, de az bizonyosan bekövetkezik, akkor nem fogja tervezgetett gonosztettét véghezvinni, mert senki sem olyan balga, hogy önként alávesse magát valamilyen (akár mégoly parányi) szenvedésnek, ha annak bekövetkezése elkerülhetetlen.¹⁰⁷ Ezt egyébként a modern tapasztalatok, az utóbbi évtizedekben lefolytatott empirikus kutatások is igazolják. Isaac Ehrlich szerint például „az elkövetők letartóztatásának és elítélésének nagyobb hatása van a bűncselekmények alakulására, mint ha a büntetések súlyát emeljük”.^{108 109} Blumstein és Nagin tanulmányuk elején szintén leszögezik, hogy „a bűnöző magatartástól való elrettentéshez a kulcsot inkább a büntetések bizonyossága, mint azok súlya jelenti”.¹¹⁰ Mindennek megértéséhez a magyarázatot Frank Brooker, illetve Harold G. Grasmick és George J. Bryjak

Three-Strikes Legislation. *Journal of Legal Studies*, Vol. 31, 2002, 159-201. o.) megvizsgálta az ilyen jellegű szabályozást legkövetkezetesebben alkalmazó Kalifornia állam bűnözési statisztikájának alakulását az e törvény bevezetését követő csaknem három évben (1994 áprilisa – 1996 decembere), és arra jutott, hogy az nem pusztán a kétszer már bűncselekményt elkövetett személyeket rettent el harmadik tettük megvalósításától, hanem sokaknál képes megakadályozni meghatározott súlyosabb „első bűntényeket” is. Ennek pedig az az oka, hogy míg „első bűntényként” csak néhány büntetendő cselekményt sorol fel a törvény mint amelyek elkövetőinek a második, illetve harmadik alkalommal szigorúbb szankciókkal kell szembesülniük, addig ez utóbbiak már bármilyen kisebb vétségek is lehetnek. Tehát ha valaki zsebtolvajlást követ el, akkor az nem számít „első bűnténynek”, és nem kell félnie visszaesése esetén az extrém szankcióktól; ám ha valaki például rabol, annak második, illetve harmadik alkalommal elég bármilyen apró deliktumot véghezvinnie, hogy e törvény értelmében mint veszélyes visszaesőt akár évtizedekre börtönbe zárják. Ha például az első, illetve második bűntényes emberölést, rablást, súlyos testi sértést, emberrablást, gyűjtogatást, szexuális deliktumot, betöréses lopást, bármilyen fegyveres bűncselekményt stb. követ el, akkor büntetése kitöltése után akármilyen apró deliktum miatt szigorú büntetést kell, hogy kapjon (ami legalább az alapbüntetés háromszorosa, de minimum 25 év !/ kell, hogy legyen /és „természetesen a bírónál szigorúbb szankciót is kiszabhat/). E szigorúságnak meg is van az eredménye: a visszaesők között a törvény szerinti „másodszori” bűnelkövetők közel 90 %-ot, a „harmadszori” (vagy „többedszeri”) tettesek pedig alig 10 %-ot tesznek ki. A potenciális bűnözők mint racionális lények ugyanis tisztában vannak azzal, hogy könnyebb először néhány súlyosabb deliktumtól tartózkodni, mint azok elkövetése után bármilyen kicsi súlyú bűncselekményt nem elkövetni. Ennek következtében pedig Kalifornia államban e törvény alkalmazásának első két évében a korábbi egy évtized bűnügyi statisztikájához képest Shepherd szerint mintegy nyolc gyilkossággal, négyezer súlyos testi sértéssel, tízezer rablással és négyszázezer betöréses lopással kevesebbet követtek el; igaz, „cserébe” közel tizennyolcezerrel több „sima” lopást valósítottak meg (ami nem tartozik a törvényi visszaesés alapjául szolgáló deliktumok közé). A hatás egyértelmű: a szigorúbb büntetések kevesebb súlyos büntetett eredményeztek, a kérdés csak az, hogy milyen áron. A kutatás megállapításai, illetve a kaliforniai törvény eredményei összhangban állnak a főszovegben elmondottakkal: kellően elrettentő szankciók szinte bármely cselekmény esetében visszatartó erővel bírnak, mégis: a bűnözés megfékezésére aligha ez a követendő út.

¹⁰⁵ Beccaria, Cesare: *Büntett és büntetés.* (ford.: Sebestyén Pál) Akadémiai Kiadó, Budapest, 1967, 99. o.

¹⁰⁶ Továbbá: „Egy mérsékelt, de biztos büntetés mindig nagyobb hatást fog kelteni, mint egy másik, félelmetesebb büntetéstől való rettegés, amelyhez a büntetlenség reménye járul...” (Uo.)

¹⁰⁷ Természetesen vannak olyan személyek, akik semmilyen büntetéstől nem rettennek vissza (ilyenek például a későbbiekben ismertetendő „ösztönbűnözők”), ám velük szemben a legsúlyosabb szankció is épp oly hatástalan lesz, mint az enyhébb.

¹⁰⁸ Vö.: Ehrlich, Isaac: *The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement*, 266. o.! Ugyanezt a tételt fogalmazta meg egyébként az emberölések vonatkozásában Zhiqiang Liuval közösen írt tanulmányában is (vö.: Ehrlich, Isaac – Liu, Zhiqiang: *Sensitivity Analyses of the Deterrence Hypothesis: Let's Keep the Econ in Econometrics.* *Journal of Law and Economics*, Vol. 42, 1999, 482., illetve 486. o.!).

¹⁰⁹ Ez persze azt is jelenti, hogy Ehrlich szerint az utóbbinak is van visszatartó ereje, csak kisebb, mint az előbbinek.

¹¹⁰ Blumstein, Alfred – Nagin, Daniel: *Deterrent Effect of Legal Sanctions on Draft Evasion.* *Stanford Law Review*, Vol. 29, 1976-1977, 241. o.

adja. Előbbi arra világít rá, hogy a büntetések bizonyosságának növelése azért bír nagyobb visszatartó erővel, mint a büntetések szigorítása,¹¹¹ mert ahhoz, hogy a potenciális bűnözők elrettenjenek, előbb el kell őket kapni. Ha ennek kicsi a valószínűsége, akkor a szigorú büntetések (melyek úgysem realizálódnak) mit sem érnek. Ezért szerinte „a büntetések elrettentő hatása szempontjából maga a büntetés másodlagos, míg a letartóztatás kockázata elsődleges fontosságú”.¹¹² Utóbbiak pedig ezt úgy fogalmazzák meg, hogy a büntetések várható súlya ugyan jelentős szerepet játszik a társadalmi kontroll mechanizmusai között,¹¹³ ám csak akkor, ha emellett hatékony a rendőrségi felderítés is. Hiszen „bármi legyen is az elfogás következménye, az nem merül fel [az elkövetők számára] mint lehetséges költség, ha azt hiszik, hogy őket nem fogják el”.¹¹⁴

Ami a kisebb deliktumokat illeti, azokra az előbbi megállapítások különösen igazak, mégpedig azért, mert azok esetében a visszatartó erő sokszor nem a büntetéshez kapcsolódik (legyen az bármi), sőt még nem is magához az elfogáshoz, letartóztatáshoz, hanem ahhoz a potenciális szégyenhez, társadalmi stigmához, amely ebben az esetben érné a tetteseket. Ezt a hétköznapi tapasztalat is alátámasztja: a legtöbb ember számára egy megrovással vagy próbára bocsátással végződő büntető eljárás is megszégyenítő, ezért olyan bűncselekményeket, amelyek esetében a lebukás valószínű, az emberek legtöbbször még akkor sem követ el, ha érdemleges jogi szankcióval nem kell számolnia. Raymond Paternoster és Leeann Iovanni például a kisebb bűncselekmények statisztikai vizsgálata alapján arra a következtetésre jutottak, hogy „a büntetések várható súlyának nincs közvetlen és azonnali hatása a kisebb vétségek elkövetésére”,¹¹⁵ illetve hogy „a jogkövetkezményektől való félelem a társadalmi elvárásokhoz illő magatartás kialakításában játszik szerepet”,¹¹⁶ azaz elsősorban nem elrettentő, hanem erkölcsi gátlásokat kialakító funkciója van.¹¹⁷ Johanna Niemi-Kiesiläinen például a családon belüli erőszak áldozatainak mélyinterjú vizsgálatára alapítva a konklúziót, hogy maga a letartóztatás az, ami visszatartja az egykori erőszakoskodót családtagjai ismételt bántalmazásától (és emellett bátorít más áldozatokat is arra, hogy ilyen esetben a rendőrséghez forduljanak),¹¹⁸ a Blumstein-Nagin szerzőpáros már idézett művében a katonai szolgálat alól való kibúvás, illetve a katonai szolgálat megtagadása („*draft evasion*”) esetében írta le ugyanezt a hatást;¹¹⁹ míg Nagin és Klepper az adócsalás („*tax noncompliance*”) vonatkozásában vélték úgy, hogy – a büntetőjogi büntetés mértéke mellett¹²⁰ – az informális szankcióktól (a közösség megvetésétől) való félelem az, ami az embereket leginkább elriasztja e deliktum elkövetésétől.¹²¹

¹¹¹ Brooker, Frank: The Deterrent Effect of Punishment. *Criminology*, Vol. 9, 1971-1972, 484. o.

¹¹² I. m. 476. o.

¹¹³ Grasmick, Harold G. – Bryjak, George J.: The Deterrent Effect of Perceived Severity of Punishment. *Social Forces*, Vol. 59, 1980-1981, 486. o.

¹¹⁴ I. m. 473. o.

¹¹⁵ Paternoster, Raymond – Iovanni, Leeann: The Deterrent Effect of Perceived Severity: A Reexamination. *Social Forces*, Vol. 64, 1985-1986, 769. o.

¹¹⁶ Uo.

¹¹⁷ Brooker az affektív bűncselekmények vonatkozásában szintén megjegyzi, hogy azoktól nehéz jogi szankciók révén bárkit is elretteneni, pláne ha az illető már egyébként is bizonyosságot tett „a bűnözés iránti elkötelezettségéről”. Az ilyen expresszív viselkedés jövőbeni megakadályozásához ezért nem büntetésekre (különösen nem börtönbüntetésre) van szükség; helyettük a társadalmi kontroll egyéb, nem jogi eszközeit kell alkalmazni. (Vö.: Brooker, Frank: i. m. 475. o.!)

¹¹⁸ Niemi-Kiesiläinen, Johanna: The Deterrent Effect of Arrest in Domestic Violence: Differentiating between Victim and Perpetrator Response. *Hastings Women's Law Journal*, Vol. 12, 2001, pp. 283-305.

¹¹⁹ Vö. például: Blumstein, Alfred, Daniel: i. m. 269. o.!

¹²⁰ Vö.: Klepper, Steven – Nagin, Daniel: The Deterrent Effect of Perceived Certainty and Severity of Punishment Revisited. *Criminology*, Vol. 27, No. 4, 1989, 722. o.!

¹²¹ Lásd például: i. m. 723., 741. o.!

A súlyosabb büntettek esetében a társadalmi megvetés mellé belép a formális jogi szankcióktól való félelem, ami szintén megmutatkozhat a letartóztatási valószínűség növelésében, illetve a büntetések mértékének emelésében. Még az ezek által legkevésbé befolyásolható emberölések egy része is elrettenthető; e hatás volumene azonban már elkövetőitípus- és kultúrafüggő lehet. Korinek László a halálbüntetés alkotmányellenességét kimondó 23/1990. (X. 31.) AB határozathoz készített szakvéleményében felsorolja azokat az elkövetői típusokat, illetve emberölési fajtákat, amelyek még a legsúlyosabb szankcióval sem rettenthetők el.¹²² Ezek közé tartozik szerinte az „öszönbűnöző”, akit egy leküzdhetetlen pszichológiai vágy készíttet meghatározott cselekmények elkövetésére, és akin ez a „drive” annyira uralkodik, hogy minden ellenkező motivációt elnyom. Ide sorolandó másodsorban a „konfliktusbűnöző”, akit valamilyen erős érzelmi hatás sarkall arra (anélkül, hogy cselekménye következményeit végiggondolná), hogy a számára erős frusztrációt okozó helyzetből szabaduljon, minek folytán a konfliktust egy affektív, hirtelen felindultságból fakadó, erőszakos tettel „oldja meg”. A harmadik típus, akivel szemben Korinek szerint a visszatartó erő nem működik, a „fanatikus” alakja, aki számára valamilyen szent ügy, magasabb cél még önnön életénél is fontosabb (terroristák, anarchisták, öngyilkos merénylők). A negyedik az „indirekt öngyilkos”, aki meg akar halni, de önkezével gyáva véget vetni az életének, ezáltal olyasmit igyekszik tenni, amivel eléri, hogy az állam ítélje halálra és végezze ki őt (ez a típus számunkra most nem fontos, mert vele szemben – ha egyébként létezik – az általános elrettentő erő működik, például ha az életfogytiglan nagyobb visszatartó erővel bír, mint a közepesen hosszú ideig tartó szabadságvesztés, akkor ez az „indirekt öngyilkosra” is igaz lesz). Végül létezik a „hidegen mérlegelő”, számító gyilkos, aki tettét alaposan megfontolva, az előnyöket és hátrányokat is mérlegre téve követi el; Korinek László szerint ez az egyetlen kategória, amelyben a szankció súlya visszatartó erővel bírhat, ezt a hatást azonban „statisztikailag mérni képtelenség”.¹²³ Ennek ellenére az Egyesült Államokban elég sokan megpróbálták megmérni ezt a hatást, és mind pró, mind kontra számos cikk született ebben a témában. Ezen tanulmányokra, illetve azok célzatosan és kellő gondossággal kiválogatott részére az előzetes és szigorú filozófiai alapállással rendelkezők előszeretettel hivatkoznak, és elfogadják azok egyik vagy másik irányba mutató eredményeit, ezáltal pedig azt is, hogy a visszatartó erő meglétét, avagy hiányát ténylegesen mérni és empirikus alapokon bizonyítani lehet. (A vita tehát ma már nem az elrettentő hatás mérhetőségének kérdésében van /abban – Korinek László véleményével ellentétben – szinte mindenki egyetért/, csak a mérés eredményében, illetve egyes eredmények megalapozottságában.) Anélkül, hogy részletesen ismertetnénk ezen statisztikai és ökonometriai kutatások eredményeit, illetve e vizsgálatok sokszor egymásnak is ellentmondó megállapításait,¹²⁴ most csak az elrettentő hatás általában vett létezésével kapcsolatos megállapításokkal (illetve azok közül néhány példával) foglalkozunk.

Ami az előre megfontolt, hidegen számító gyilkosokat illeti, rájuk a büntetőjog gazdasági elmélete szerint a büntettek potenciális „költsége” hatással bír. Természetesen ez a hatás (ha van ilyen) csak akkor jelentkezhet, ha érzékelhető súlyú, azaz ha a felderítési arány elér egy minimális szintet, illetve ha elfogás esetén a súlyos szankció kiszabásának és végrehajtásának reális, figyelembe veendő nagyságú esélye van. Ennek feltérképezésére

¹²² Lásd: Korinek László: Szakvélemény a halálbüntetés statisztikai és néhány kriminológiai vonatkozásáról. In: Horváth Tibor (szerk.): A halálbüntetés megszüntetése Magyarországon. Dokumentumgyűjtemény. Halálbüntetés Ellenzők Ligája, Miskolc, 1991, 76-89. o.!

¹²³ I. m. 86. o.

¹²⁴ Ezt máshol már megtettük; az érdeklődő részletes elemzést olvashat a halálbüntetés elrettentő hatására vonatkozó felmérések eredményeiről és az egyes vizsgálatok módszertanáról a következő tanulmányban: Tóth J. Zoltán: Halálbüntetés és elrettentő hatás: avagy mit mutatnak az empirikus felmérések? Valóság, 2008/6. szám, 50-81. o.

végzett el Joanna Shepherd egy alapos ökonometriai elemzést,¹²⁵ melyben az 1977-1996 közötti egyesült államokbeli emberölési, letartóztatási, halálra ítéelési és kivégzési arányokat, valamint más gazdasági, demográfiai, bűnüldözési stb. tényezők ugyanezen időszak alatti alakulását vette figyelembe és elemezte 3 054 megye vonatkozásában (egyed-egy adatot tagállami szinten összegezve).¹²⁶ Felfedezése megdöbbentő volt; az adatok ugyanis egyrészt azt mutatták, hogy össznemzeti szinten a kivégzések elrettentő hatással bírtak, másrészt azonban arra a megállapításra jutott, hogy ez az elrettentő hatás mindössze hat, erősen kivégzés-párti politikát folytató államnak volt köszönhető. Még megdöbbentőbb volt, hogy a felmérés eredményei szerint azon 27 állam közül, amelyek 1977-1996 között legalább egy kivégzést végrehajtottak, a hat, állami szinten elrettentő hatással bíró jurisdikció mellett nyolc olyan volt, amelyekben a kivégzéseknek nem volt semmilyen szignifikáns hatása az emberölésekre, és 13 olyan, amelyekben a kivégzések gyakorlata nemhogy kevesebb, hanem egyenesen több gyilkosság elkövetését eredményezte ahhoz képest, mint amennyi a halálos ítéletek tényleges végrehajtása nélkül bekövetkezett volna. Mindez egyúttal azt is jelenti, hogy Shepherd kutatása szerint a kivégzés(ek)e)t effektíve alkalmazó államoknak mindössze 22 %-ában van (volt) a halálbüntetésnek elrettentő hatása, 78 %-ukban pedig nincs, illetve hogy az államok közel felében (48 %-ában) egyenesen az ún. brutalizációs hatás¹²⁷ érvényesül.¹²⁸ Az, hogy nemzeti szinten miért van a kivégzéseknek mégis pozitív egyenlege, Shepherd szerint annak tudható be, hogy az elrettentő hatással bíró tagállamok sokkal több kivégzést hajtanak végre, mint a többiek, így a több kivégzésből fakadó nagyobb volumenű visszatartó erő felülmúlja a 13 államot jellemző brutalizációs hatás jóval kisebb mértékét.¹²⁹ ¹³⁰ Összességében arra jut, hogy ezen húsz év alatt a visszatartó erővel bíró államokban közel 7000 ártatlan áldozat életét mentették meg a kivégzések, a brutalizációs hatással rendelkező államokban pedig több mint 5 200 plusz emberölést indukáltak.¹³¹

A kutatás legfontosabb eredménye azonban az, hogy Shepherd – ő úgy véli legalábbis – megtalálta azt a közös okot, amely kihat mind az elrettentő, mind a brutalizációs hatással bíró államokban az emberölések alakulására; ez pedig nem más, mint az adott államban végrehajtott kivégzések száma. Ugyanis szerinte azokban az államokban, ahol kevés kivégzést hajtanak végre, egy-egy (ritkán előforduló) *executio* (mintaadó és „példafelmutató” jellege miatt) alapvetően növeli az életellenes bűnözés mértékét, míg ahol a kiszabott halálbüntetések sűrűn foganatosítatnak, ott a halálbüntetés nagyfokú elrettentő erővel bír. Ennek pedig az amerikai kutató azt a magyarázatát adja, hogy a kivégzéseknek valójában kettős hatásuk van. Minden egyes kivégzésre igaz ugyanis, hogy egyrészt bestializálja azokat, akik tudomást szereznek róla

¹²⁵ Shepherd, Joanna M.: Deterrence versus Brutalization: Capital Punishment's Differing Impacts among States. Michigan Law Review, Vol. 104, 2005-2006, 203-255. o.

¹²⁶ A módszertanra nézve lásd: i. m. 220-229. o.; az adatok megbízhatóságára vonatkozó megerősítő ellenőrzést pedig lásd: i. m. 242-247. o.!

¹²⁷ A brutalizációs hatás indokát Shepherd abban találja meg, hogy a kivégzés mint az ember életének erőszakos módon való elvételét eredményező aktus mintát ad azoknak a potenciális gyilkosoknak, akik egyébként hajlanak az erőszakra, és azt sugallja nekik, hogy egyes, velük vitában vagy ellenséges viszonyban álló embereket értékeljenek le (mint ahogy ezt az állam a bűnözőkkel megteszi), és konfliktusaikat az ily módon méltóságuktól megfosztott emberekkel hasonló módon „oldják meg”, mint ahogy az állam „oldja meg” a saját konfliktusait a neki nem tetsző egyénnel szemben.

¹²⁸ Vö.: i. m. 205., 206., 230-231. és 247. o.!

¹²⁹ I. m. 205., 206., 233. és 247. o.

¹³⁰ Ez – az amerikai kutató véleménye szerint – továbbá magyarázatot ad arra is, hogy miért fordulhat elő az, hogy míg az ökonometriai elemzések egységesen azt az eredményt hozzák ki, hogy az USA-ban létezik az elrettentő hatás, addig az egyes államokat vizsgáló (többségében szociológiai és kriminológiai) felmérések egy része arra jut, hogy az adott államban a kivégzések nem bírnak visszatartó erővel. (Vö. például: i. m. 205. és 213-220. o.!)

¹³¹ Ez azt jelenti, hogy egy kivégzés (a jelenlegi gyakorlat keretei között) átlagosan 4,5 ember életét menti meg (i. m. 233. o.).

és arra fogékonyak, másrészt hogy növeli a büntetéstől való félelmet a potenciális gyilkosokban. Csakhogy míg a ritkán alkalmazott kivégzéseknél a brutalizációs hatás a nagyobb, addig a halálos verdiketek gyakrabban végrehajtott államokban az elrettentő erő már felülmúlja azt. Ez egyúttal azt is jelenti, hogy leginkább az első kivégzés állatiasítja az arra hajlamosakat, és annak van a legkisebb visszatartó ereje, majd minden további kivégzésnél csökken az egy kivégzésre jutó brutalizációs hatás, és nő az ugyancsak egy kivégzésre jutó visszatartó erő; aminek az az oka, hogy míg a példaadáshoz, a bestialitás mintájának követéséhez elegendő egyetlen szándékos állam általi életelvétel, addig az elrettentő hatás érzékelhető mértékben megvalósuló működésbe lépéséhez jó néhány kivégzésre szükség van (hiszen a potenciális elkövető csak abban az esetben fogja komolyan venni az ő életének esetleges elvételével történő állam általi fenyegetést, ha az reális veszélyt idéz elő; ez a reális veszély pedig csak a halálbüntetés következetes alkalmazásával fog a bűnöző elméjében a gyilkosság megvalósítását gátló tényezőként jelentkezni).¹³² Shepherd konklúziója tehát az, hogy létezik egy ún. „küszöb”-hatás („*threshold effect*”), amely egy bizonyos kivégzési szintig növeli a halálbüntetések ártatlan áldozatainak számát, e fölött viszont csökkenti azt. Ezen „küszöb” mértékét az elemzett időszak (az 1977-1996 közötti húsz év) vonatkozásában kilenc kivégzésben állapítja meg, vagyis Shepherd szerint egy átlagos amerikai államban húsz évre vetítve kilenc (nagyjából minden második évben egy-egy) kivégzés szükségeltetik ahhoz, hogy az elrettentő erő léte által meg nem gyilkolt ártatlanok (megmentett emberéletek) száma elérje a bűnözők embertelenedésének következtében pluszban megölt ártatlan személyek számát. Csak ahol az átlagos kilencnél (illetve az egyéb, államspecifikus elrettentő faktorokat is figyelembe véve hat és tizenegy közötti értéknél)¹³³ több kivégzés történt húsz év alatt, ott beszélhetünk az elrettentő hatás valódi működéséről.¹³⁴

Ennél is érdekesebb probléma az affektív emberölések elrettenthetősége. A hagyományos felfogás szerint ezeket a cselekményeket erős izgalmi állapotban, nagyfokú érzelmi-idegi stresszhelyzetben követik el. Ilyenkor a tettes tudata beszűkül, ezért átmeneti jelleggel nem tudja indulatait megfékezni, nem képes magatartását teljes mértékben kontrollálni. Mindebből pedig az következik, hogy – lévén a „hirtelen felindulás” a spontán, indulati, nem tudatos viselkedés egy fajtája – az elkövetett tett potenciális következményeinek az előzetes számbavétele és értékelése a leendő elkövető részéről fel sem merül. A tapasztalatok azonban a fenti „klasszikus” felfogással ellentétben megint csak azt mutatják, hogy ez alól vannak kivételek. Isaac Ehrlich például kutatásai alapján *expressis verbis* tagadja azt a manapság közkeletű állítást, hogy a hirtelen felindulás kizárja, hogy a potenciális tettet a külső ösztönzők még magatartásának megvalósítása előtt eltántorítsák szándékától, azaz vallja, hogy az indulati bűncselekményeket is megelőzi egyfajta korlátozott mérlegelés.¹³⁵ Ez a mérlegelés megmutatkozhat egyrészt az egyén erőszakhoz való általános attitűdjének kialakulásában (vagyis egyfajta generális beállítottságban az erőszakkal szemben), míg a fenti ösztönzők hiánya egy, az erőszakot általában véve nem megvető személyiség kialakulásához járulhat hozzá, amely sokkal hajlamosabb lesz adott helyzet „megoldása” érdekében az erőszakra; másrészt megnyilvánulhat abban a rövid időintervallumban is, amíg az indulat kiváltotta hirtelen elhatározás a külvilágban realizálódik, hiszen minden affektív cselekvés előtt van egy pillanatnyi mérlegelés, melynek során az illető agyán villanásszerűen átfut minden olyan dolog, amely a tett ösztönzése vagy gátlása irányában hathat. Ha nem így lenne, vagyis ha az elkövető az indulati tettmegnyilvánulásoknak semmilyen mértékben nem lenne ura, akkor beszámítás és

¹³² Lásd például: i. m. 206., 229., 240-242. és 247. o.!

¹³³ Vö.: i. m. 239. o.; illetve ehhez kapcsolódóan: i. m. 237. és 242. o.!

¹³⁴ Vö. például: i. m. 205-206., 233-242. és 247-248. o.!

¹³⁵ Vö.: Ehrlich, Isaac: *The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement*, 274. o.; valamint Ehrlich, Isaac: *On Positive Methodology, Ethics, and Polemics in Deterrence Research*. *British Journal of Criminology*, Vol. 22, 1982, 128. o.!

így bűnösség hiányában az ilyen elkövető egyáltalán büntethető sem lenne.¹³⁶ Hasonló eredményre jutott Shepherd is, aki egyik tanulmányában¹³⁷ többek között azt vizsgálta, hogy az elrettentő hatás működik-e a kriminológiai szempontból fontosabb emberölési alkategóriákban, és ha igen, milyen mértékben.¹³⁸ Ennek érdekében az adott tagállamban elkövetett emberölések számának hónapról hónapra történő aggregált alakulásának vizsgálata mellett elemezte a családtagok, az ismerősök és az ismeretlenek egymás sérelmére megvalósított emberöléseit („*murders between intimates, acquaintances, and strangers*”), az erős felindulásban és az egyébként valamilyen „szenvedély” hatására elkövetett emberöléseket („*crime-of-passion murders*”), a más bűncselekményekkel összefüggésben, avagy azok folytatásaként véghezvitt gyilkosságokat („*murders committed during other felonies*”), valamint a feketék és a fehérek sérelmére elkövetett életellenes büntetteket is. Ami ezek közül a minket leginkább érdeklő „szenvedély-bűncselekményeket” illeti, azok kapcsán (is) azt állapította meg, hogy a súlyos szankció (jelen esetben a halálbüntetés, pontosabban mind a halálra ítéletek, mind a tényleges kivégzések számának emelkedése) csökkentette az életellenes bűncselekmények mértékét. A statisztikában szokásos 95 %-os valószínűségű pontosság mellett mindezt számszerűen kifejezve azt mondhatjuk, hogy egy halálos verdikt kimondása átlagosan két és féllel redukálta az ilyen típusú emberölések számát, míg minden egyes addicionális *executio* hárommal kevesebb erős felindulásban elkövetett emberölést eredményezett. Ezen eredményekből pedig Shepherd is azt a következtetést vonta le, hogy még a fokozott stresszhelyzetben, erős érzelmi állapotban megvalósított cselekményeket is megelőzi egy pillanatnyi mérlegelés, melynek során az illető számba veszi (vagy legalábbis „átfut az agyán”), hogy tettének milyen várható előnyei és hátrányai („hasznai” és „költségei”) lesznek, és ennek alapján fog dönteni arról, hogy az adott magatartást megvalósítja-e vagy sem.¹³⁹

Láttuk tehát, hogy – bizonyos kivételekkel – mind a szankciók súlyának, mind azok realizálódási valószínűségének van az emberi döntéseket, az esetleges bűnözői magatartást befolyásoló hatása. A bűnözés elleni harcnak mégsem ez a legjobb eszköze. A „félleg determinált” emberi cselekvést ugyanis nagyrészt azok az attitűdök, tanult viselkedési minták, szocializációnk során belénk ivódott, az elfogadott magatartásra vonatkozó cselekvési

¹³⁶ A magyar Btk. is abból indul ki, hogy az „erős felindulás”, illetve az impulzív megnyilvánulások általában nem zárják ki a beszámíthatóságot; ha ugyanis azt eleve kizárnák, akkor a Btk.-ban deklarált büntetési cél megvalósíthatóságának teljes hiányában („A büntetés célja a társadalom védelme érdekében annak megelőzése, hogy akár az elkövető, akár más bűncselekményt kövessen el.” /Btk. 37. §/) az ilyen indulati cselekmények szankcionálása haszontalan („cél”-talan) lenne. Ha viszont a preventív célok elérése érdekében az ilyen tetteket mégis büntetéssel sújtjuk, ez azt implikálja, hogy hiszünk a büntetések azokkal szembeni (legalább részleges) visszatartó-félelemkeltő erejében, azok jövőbeni elkövetését befolyásolni képes hatásában.

¹³⁷ Shepherd, Joanna M.: Murders of Passion, Execution Delays, and the Deterrence of Capital Punishment. In: Journal of Legal Studies, Vol. 33, No. 2, 2004, 283-322. o. *Working paper in Internet*: http://people.clemson.edu/~jshephe/DPpaper_fin.pdf (40 o.).

¹³⁸ Shepherd az elemzéshez figyelembe vette az 1977 és 1999 közötti halálra ítélesei, kivégzési és a halálsoron levők aktuális létszámára vonatkozó, tagállami szinten összegzett adatokat, mégpedig havi bontásban, feltételezte ugyanis, hogy a potenciális gyilkosok viszonyulása egy emberölés elkövetésének gondolatához nemcsak évente egyszer, hanem ennél sokkal gyakrabban változik (változhat), ennél fogva az évi adatok ezen év közbeni módosulások mérésére nem alkalmasak, és így az éves adatok alapján levont következtetések kevésbé megalapozottak lehetnek. Például egy adott hónapban végrehajtott kivégzés elrettentő erejét (ami megmutatkozik a következő hónap emberölési statisztikájának alakulásában) egy néhány hónap múlva bekövetkező, ellenkező irányba ható esemény (például egy halálsorról való szabadon bocsátás) következtében megugró gyilkossági trend annullálhatja, éves szinten azt a fals eredményt hozva ki, hogy az adott évben a halálos ítéletek kiszabása és végrehajtása számának alakulása nem volt semmilyen hatással az életellenes bűncselekményekre. (Lásd: i. m. 4. o.!) Shepherd feltételezése szerint egy adott hónapban végrehajtott kivégzés alapvetően ugyanezen hónap emberölési statisztikáját befolyásolja (i. m. 8. o.), tekintet nélkül arra, hogy arra a hónap mely napján került sor, mivel a kivégzések általában olyan sajtónyilvánosságot kapnak, amely már az elítélés vagy a kivégzés előtt is újságcikkek és televíziós hírműsorok garmadájában ölt testet, így az esemény médiában való megjelenése önmagában képes kiváltani az elrettentő hatást.

¹³⁹ Vö. például: i. m. 2., 23., 24. és 28. o.!

modellek, valamint azok a minket körülvevő környezeti-társadalmi feltételek határozzák meg, melyek minden későbbi, kisebb vagy nagyobb döntésünket is befolyásolják. Ahhoz, hogy egy adott társadalom bűnözői részvételének mértékét csökkentsük, magát a társadalmat, a döntést hozó emberek környezetét kell megváltoztatnunk, olyanná alakítanunk, hogy az embereknek ne legyen szükségük arra, hogy bűnözzenek, illetve *ne akarjanak* bűnözni. Ehhez pedig a büntetőjog a maga végső, ám meglehetősen szegényes eszközeivel nem elegendő; a büntetőjog csak mint *ultima ratio* bírhat jelentőséggel, csak akkor szabad szankcióival élnünk, ha más eszközök nem vezettek eredményre (ekkor viszont nemcsak szabad, hanem muszáj). Beccaria már 1764-ben lefektette azt az örök alapigazságot, hogy „a bűncselekményeket jobb megelőzni, mint büntetni”.¹⁴⁰ Ezt kora tapasztalatai is igazolták: a bűnözés a felvilágosodás korában nem azért csökkent, mert szigorodtak a jogkövetkezmények, hisz azok épp ellenkezőleg, enyhültek, hanem azért, mert elkezdtek gondolkodni a bűnözés társadalmi okain, és ezekre az okokra igyekeztek orvosságot találni. (Az orvosság pedig a műveltség elterjesztése és a létbiztonság megteremtésének igénye lett.) Ma is ez a követendő út: elsősorban nem utólagos tűzoltó munkát kell végezni, hanem preventív intézkedéseket kell hozni, és csak azokkal szemben élni a büntetések „végső eszközével”, akik még ezen feltételek mellett is szembemennek a köz érdekeivel. Albert Camus szemléletesen leírja, hogy az erőszakos bűncselekmények létrejöttében maga a társadalom is mennyire hibás; e vonatkozásban egyúttal korrigálja Koestler szabad akaratról szóló érvelését, amikor arra a filozófiai álláspontra helyezkedik, hogy a büntettek elkövetésére irányuló döntés meghozatala ugyan az egyéni döntés része, erre az egyéni elhatározásra azonban nagy mértékben hatnak olyan okok, amelyek létéről az állam és/vagy a társadalom tehet. Ilyenek a szegénység, a munkanélküliség, a tudatlanság, a mindezekből következő elkeseredettség és alkoholizmus, amely utóbbi az erőszakos bűncselekmények, köztük az emberölések többségének is a közvetlen kiváltó oka. Az állam például nem egyszerűen engedélyezi, hanem egyenesen támogatja az alkohol árusítását, hiszen bevételei jelentékeny részét teszik ki az alkoholdermékekre kivetett adók, illetve sok embernek vannak különböző nagy szeszipari vállalatokban részvényei, tehát ők is érdekeltek az alkoholfogyasztás növelésében és annak népszerűsítésében, reklámozásában. Márpedig az alkoholfogyasztással arányosan nő a bűncselekmények, különösen az erőszakos deliktumok száma is, vagyis a bűnözés mindenkori mértékéért közvetve ezek az emberek és az állam is felelősek, hiszen részben ők idézték elő az ezek elkövetését elősegítő, kiváltó vagy lehetővé tevő okokat. A pusztán a büntetések szigorítására irányuló politika pedig nemcsak haszontalan, hanem egyenesen káros is, rossz mederbe tereli ugyanis a gondolatokat; nem a bűnözés mint társadalmi betegség kiváltó okainak megszüntetésére, hanem csak a tünetek kezelésére ösztönöz.¹⁴¹ Tapasztalati alapokon ugyanerre a következtetésre jut a modern empirikus kutatók többsége is: a statisztikák rendre azt jelzik ugyanis, hogy a munkanélküliség, az alacsony átlagos jövedelmi szint, az alkoholizmus vagy a kábítószer-fogyasztás mértéke egyenes arányban van a bűnözés elterjedtségével (vagyis ezek vagy okai a magas kriminalitásnak, vagy legalábbis korreláció áll fenn köztük és a bűncselekmények volumene között). Ehrlich például éppen egy, a halálbüntetés elrettentő hatása mellett érvelő tanulmányában szögezi le, hogy a súlyos büntettek aránya (a felderítés hatékonyságának, kisebb részben pedig a szankciók súlyának emelése mellett) „a foglalkoztatottság és a kereseti lehetőségek növelésével

¹⁴⁰ Beccaria: i. m. 134. o.

¹⁴¹ Camus, Albert: Gondolatok a halálbüntetésről. In: Sebes Ágnes (szerk.): A halálbüntetésről. Medvetánc Füzetek, Magvető Könyvkiadó, Budapest, 1990, 7-74. o.

ugyancsak csökkenthető lenne”,¹⁴² és lényegében hasonló következtetésre jut Frank Brooker;¹⁴³ David C. Baldus és James W. L. Cole;¹⁴⁴ Hashem Dezhbakhsh, Paul H. Rubin és Joanna M. Shepherd;¹⁴⁵ tágabb összefüggésben pedig Nils Christie is¹⁴⁶ (akinek e vonatkozásban a relatív deprivációról vallott gondolatai különösen figyelemre méltóak).¹⁴⁷

Összességében elmondhatjuk, hogy a szubjektív akarat létezik ugyan, ám az abban az értelemben nem teljesen szabad, hogy nagyrészt a rá ható incentívák eredőjeként áll elő. Az ezen ösztönzőket többé-kevésbé figyelmen kívül hagyni tudó akarat csak ritka kivétel; ezért van az, hogy az egyéni döntések összessége makroszinten egy jól anticipálható bűnözési trendet eredményez. A bűncselekmény elkövetése vagy el nem követése közötti választást befolyásolni képes külső motívumok közé tartozik a büntetések mértéke és valószínűsége. Előbbi jelentősége rendszerint csak alkalmazásának extrém mértékű kiterjesztése esetén nő meg, egyébként hatása viszonylag kicsi, bár kétségtelenül létezik. Az elrettentő hatás szempontjából a büntetés nagysága mellett (feltételezve természetesen egy minimális szintet, amely a potenciális elkövetőre nézve még érzékelhető hátrányt jelent) a szankció realizálódásának valószínűsége jelentős (a szankció súlyához képest egyértelműen jelentősebb) motiváló erő. Ám a legjobb kriminálpolitikai eszköz nem az előbbiekből közül való, sőt ez az eszköz valójában nem is kriminálpolitikai, hanem szociálpolitikai; ha ugyanis helyes neveléssel, a tisztességes életmódhoz szükséges létfeltételek biztosításával, a társadalmi igazságtalanságok kiküszöbölésével, a bűnözésre sarkalló vagy azt megkönnyítő feltételek (például az alkoholizmus) megszüntetésével vagy csökkentésével semlegesítjük mindazokat a hatásokat, melyek emberek nagyobb csoportjainak a bűnözéséhez vezetnek vagy vezethetnek, akkor a bűnözés felé hajtó motívumok nagy részét olyanokkal cseréljük fel, melyek nem a bűnözés ösztönzése irányába, hanem attól ellenkező irányba hatnak. Természetesen léteznek olyan incentívák is, melyek végletesen determinálnak, azaz olyanok, melyek más ösztönzőkkel felül nem írhatók. Ilyenek például a Korinek László-féle felosztásban az ösztönbűnözők vagy a fanatikusok. Azt a célt tehát, hogy bűnözés egyáltalán ne legyen, soha nem érhetjük el. De azt a célt már megvalósíthatjuk, hogy a lehető legkevesebb bűncselekmény követtessen el. Ehhez viszont *elméletileg is szükségünk van* arra a filozófiai alapra, amelyet mi „motívumok által kötött akaratnak” (vagy ha úgy tetszik: „félszabad akaratnak”) neveztünk el; ugyanis épp a relatív determinizmus az, amely szerint egy adott motívumösszesség fátuma megváltoztatható, amennyiben egy olyan új motívumösszeggel helyettesítjük azt, amely nem a bűnözés felé, hanem egy „új végzet”, a bűncselekményektől tartózkodó sors felé determinálja (helyesebben

¹⁴² Ehrlich, Isaac: The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death. In: American Economic Review, June 1975, 417. o. Továbbá Liuval együtt írt tanulmányában általánosságban a törvényes és a törvénytelen tevékenységek könnyebb vagy nehezebb hozzáférhetőségét (ezen belül pedig különösen az átlagos jövedelem nagyságát, a jövedelemkülönbségek mértékét, illetve a munkaerő-piaci részvétel és a munkanélküliség arányát) tartja a bűncselekmények elkövetésének választását meghatározó legfontosabb tényezőnek. (Vö.: Ehrlich, Isaac – Liu, Zhiqiang: Sensitivity Analyses of the Deterrence Hypothesis: Let's Keep the Econ in Econometrics. In: Journal of Law and Economics, Vol. 42, 482. o.)

¹⁴³ Vö.: Brooker, Frank: i. m. 475. o.!

¹⁴⁴ Vö.: Baldus, David C. – Cole, James W. L.: A Comparison of the Work of Thorsten Sellin and Isaac Ehrlich on the Deterrent Effect of Capital Punishment. In: Yale Law Journal, Vol. 85, 1975-1976, 179-181. o.!

¹⁴⁵ Vö.: Dezhbakhsh, Hashem – Rubin, Paul H. – Shepherd, Joanna M.: Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Post-moratorium Panel Data. In: American Law and Economics Review, Vol. 5, No. 2, 2003, pp. 344-376. *Working paper in Internet*: <http://www.cjlf.org/deathpenalty/DezRubShepDeterFinal.pdf> (47 p.), 12., 15-16. és 22-24. o.!

¹⁴⁶ Vö. például: Christie, Nils: i. m. 49., 51., 211. o.!

¹⁴⁷ Vö.: i. m. 69. o.!

– elfogadva a szubjektív akarat létét – *orientálja*) az egyént, és ezáltal közvetve az egyénekből felépülő társadalmat.

Irodalom

Angyal Pál: A magyar büntetőjog tankönyve. Első kötet. Budapest, 1942

Arisztotelész: Nikomakhoszi ethika. (ford.: Szabó Miklós) Magyar Helikon, Budapest, 1971

Baldus, David C. – Cole, James W. L.: A Comparison of the Work of Thorsten Sellin and Isaac Ehrlich on the Deterrent Effect of Capital Punishment. In: Yale Law Journal, Vol. 85, 1975-1976, pp. 170-186.

Beccaria, Cesare: Büntett és büntetés. (ford.: Sebestyén Pál) Akadémiai Kiadó, Budapest, 1967

Bentham, Jeremy („Bentham Jeremias”): Polgári s büntető törvényhozási értekezések. (ford.: Récsi Emil). Első kötet: Törvényhozási elvek. Polgári törvénykönyv elvei. Kolozsvárt, Tilsch és Fia, 1842

Blumstein, Alfred – Nagin, Daniel: Deterrent Effect of Legal Sanctions on Draft Evasion. Stanford Law Review, Vol. 29, 1976-1977, pp. 241-276.

Brooker, Frank: The Deterrent Effect of Punishment. In: Criminology, Vol. 9, 1971-1972, pp. 469-490.

Camus, Albert: Gondolatok a halálbüntetésről. (ford.: Ferch Magda) In: Sebes Ágnes (szerk.): A halálbüntetésről. Medvetánc Füzetek, Magvető Könyvkiadó, Budapest, 1990, 7-74. o.

Christie, Nils: Büntetésipar. A nyugati stílusú gulagok felé. Osiris Kiadó, Budapest, 2004

Cooter, Robert – Ulen, Thomas: Jog és közgazdaságtan. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2005

Crump, David: Game Theory, Legislation, and the Multiple Meanings of Equality. In: Harvard Journal on Legislation, Vol. 38, No. 2, 2001, pp. 331-411.

Dezhbakhsh, Hashem – Rubin, Paul H. – Shepherd, Joanna M.: Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Post-moratorium Panel Data. In: American Law and Economics Review, Vol. 5, No. 2, 2003, pp. 344-376. *Working paper in Internet:* <http://www.cjlf.org/deathpenalty/DezRubShepDeterFinal.pdf> (47 p.).

Diderot, Denis: Levél Landois-hoz. (ford.: Csatlós János) In: Ludassy Mária (szerk.): A francia felvilágosodás morálfilozófiája. Gondolat Kiadó, Budapest, 1975, 468-475. o.

Ehrlich, Isaac – Liu, Zhiqiang: Sensitivity Analyses of the Deterrence Hypothesis: Let's Keep the Econ in Econometrics. In: Journal of Law and Economics, Vol. 42, 1999, pp. 455-487.

Ehrlich, Isaac: On Positive Methodology, Ethics, and Polemics in Deterrence Research. In: British Journal of Criminology, Vol. 22, 1982, pp. 124-139.

Ehrlich, Isaac: The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death. In: American Economic Review, June 1975, pp. 397-417.

Ehrlich, Isaac: The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement. In: Journal of Legal Studies, Vol. 1, 1972, pp. 259-276.

Fayer László: A magyar büntetőjog kézikönyve. Első kötet: bevezető rész és általános tanok. Franklin-Társulat, Budapest, 1905

Finkey Ferenc: A magyar büntetőjog tankönyve. Politzer-féle Könyvkiadó Vállalat, Budapest, 1905

Grasmick, Harold G. – Bryjak, George J.: The Deterrent Effect of Perceived Severity of Punishment. In: Social Forces, Vol. 59, 1980-1981, pp. 471-491.

Grotius, Hugo: A háború és béke jogáról. (A vonatkozó idézeteket fordította: Brósz Róbert) II. kötet, Pallas Stúdió – Attraktor Kft., Budapest, 1999

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: A filozófiai tudományok enciklopédiájának alapvonalai. Harmadik rész: A szellem filozófiája. (ford.: Szemere Samu) Akadémiai Kiadó, Budapest, 1968

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: A jogfilozófia alapvonalai vagy a természetjog és államtudomány vázlata. (ford.: Szemere Samu) Akadémiai Kiadó, Budapest, 1983

Holbach: A természet rendszere. A természeti és erkölcsi világ törvényei. (ford.: Bruckner János, Győry János, Szentmihályi János és Vajda Endre) Akadémiai Kiadó, Budapest, 1978

Horváth Tibor: A büntetési elméletek fejlődésének vázlata. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981

Kabódi Csaba: A büntetés szimbolikája. In: Mezey Barna (szerk.): Jogi kultúra, processzusok, rituálék és szimbólumok. Gondolat Kiadó, Budapest, 2006, 109-129. o.

Kabódi Csaba – Lőrincz József – Mezey Barna: Büntetéstani alapfogalmak. Rejtjel Kiadó, Budapest, 2005

Kant, Immanuel: Ama közönségesen használt szólásról, hogy ez talán igaz az elméletben, ám a gyakorlatban mit sem ér. (ford.: Mesterházi Miklós) In: Kant, Immanuel: Történetfilozófiai írások. (szerk.: Mesterházi Miklós) Ictus Kiadó, Szeged, 1997, 167-212. o.

Kant, Immanuel: Az erkölcsök metafizikája. (ford.: Berényi Gábor) Gondolat Könyvkiadó, Budapest, 1991

Kant, Immanuel: Az erkölcsök metafizikájának alapvetése. (ford.: Berényi Gábor) Gondolat Könyvkiadó, Budapest, 1991

Klepper, Steven – Nagin, Daniel: The Deterrent Effect of Perceived Certainty and Severity of Punishment Revisited. In: Criminology, Vol. 27, No. 4, 1989, pp. 721-746.

Koestler, Arthur: Az akasztásról. (ford.: Makovecz Benjamin) In: Koestler, Arthur: Egy mítosz anatómiája. Osiris Kiadó, Budapest, 1999, 37-168. o.

Korinek László: Szakvélemény a halálbüntetés statisztikai és néhány kriminológiai vonatkozásáról. In: Horváth Tibor (szerk.): A halálbüntetés megszüntetése Magyarországon. Dokumentumgyűjtemény. Halálbüntetést Ellenzők Ligája, Miskolc, 1991, 76-89. o.

Magyar Statisztikai Évkönyv, 1988-2007

Mérő László: Új észjárások. A racionális gondolkodás ereje és korlátai. Tericum Kiadó, Budapest, 2001

Mérő László: Mindenki másképp egyforma. A játékelmélet és a racionalitás pszichológiája. Tericum Kiadó, Budapest, 1996

Nagy Ferenc: A magyar büntetőjog általános része. Korona Kiadó, Budapest, 1998

Niemi-Kiesiläinen, Johanna: The Deterrent Effect of Arrest in Domestic Violence: Differentiating between Victim and Perpetrator Response. In: Hastings Women's Law Journal, Vol. 12, 2001, pp. 283-305.

Paternoster, Raymond – Iovanni, Leeann: The Deterrent Effect of Percieved Severity: A Reexamination. In: Social Forces, Vol. 64, 1985-1986, pp. 751-777.

Pikler Gyula: A büntetőjog bölcselete. Politzer-féle Könyvkiadóvállalt, Budapest, 1908

Platón: Törvények. (ford.: Kövendi Dénes) In: Platón összes művei, Harmadik kötet, Európa Könyvkiadó, Budapest, 1984

Pokol Béla: Jogfilozófiák és büntetőjogelméletek. In: Jogelméleti Szemle, 2007/4. szám

Posner, Richard A.: A gazdasági megközelítés alkalmazásának néhány helyes és téves esete a jogban. In: Harmathy Attila – Sajó András (szerk.): A jog gazdasági elemzése. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984, 313-337. o.

Posner, Richard A.: The Problems of Jurisprudence. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990

Rawls, John: Az igazságosság elmélete. Osiris Kiadó, Budapest, 1997

Rivarol, Antoine de: Az ember mint intellektuális és morális lény. (Részletek.) (ford.: Kis János) In: Ludassy Mária (szerk.): A francia felvilágosodás morálfilozófiája. Gondolat Kiadó, Budapest, 1975, 725-778. o.

Sajó András: Közgazdaságtani vizsgálódások a jogról. In: Harmathy Attila – Sajó András (szerk.): A jog gazdasági elemzése. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984, 5-42. o.

Schütz Antal: Aquinói Szent Tamás szemelvényekben. Szent István-Társulat, Budapest, 1943

Shepherd, Joanna M.: Deterrence versus Brutalization: Capital Punishment's Differing Impacts among States. In: Michigan Law Review, Vol. 104, 2005-2006, pp. 203-255.

Shepherd, Joanna M.: Fear of the First Strike: The Full Deterrent Effect of California's Two- and Three-Strikes Legislation. In: Journal of Legal Studies, Vol. 31, 2002, pp. 159-201.

Shepherd, Joanna M.: Murders of Passion, Execution Delays, and the Deterrence of Capital Punishment. In: Journal of Legal Studies, Vol. 33, No. 2, 2004, pp. 283-322. *Working paper in Internet*: http://people.clemson.edu/~jshephe/DPPaper_fin.pdf (40 p.).

Somló Bódog: Jogbölcseleti előadásai. Második füzet: a büntetőjog bölcselete. Kolozsvár, 1906

Szent Ágoston: A boldog életről – A szabad akaratról. (ford.: Tar Ibolya) Európa Könyvkiadó, Budapest, 1989

Tóth J. Zoltán: Halálbüntetés és elrettentő hatás: avagy mit mutatnak az empirikus felmérések? In: Valóság, 2008/6. szám, 50-81. o.

Tóth J. Zoltán: Richard Posner és a gazdasági jogelmélet. In: Jogelméleti Szemle, 2004/1. szám

Vámbéry Ruzstem: Büntetőjog. Grill Károly Könyvkiadóvállalata, Budapest, 1913

Veljanovski, Cento G.: A jog gazdasági megközelítése: kritikai bevezetés. In: Harmathy Attila – Sajó András (szerk.): A jog gazdasági elemzése. Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984, 43-79. o.